

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL/RO
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

FÁBIO VIEIRA MATOS

**DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO LAUDO DO ETILÔMETRO PROBANTE PARA FINS
DE PRISÃO EM FLAGRANTE E POSTERIOR AÇÃO PENAL**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

CACOAL-RO

2017

FÁBIO VIEIRA MATOS

**DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO LAUDO DO ETILÔMETRO PROBANTE PARA FINS
DE PRISÃO EM FLAGRANTE E POSTERIOR AÇÃO PENAL**

Monografia apresentada à Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR, *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor M.e Bruno Mllenkovich Caixeiro.

**Cacoal – RO
2017**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Fundação Universidade Federal de Rondônia
Gerada automaticamente mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

M433d Matos, Fábio Vieira.

Da hipossuficiência do laudo do etilômetro probante para fins de prisão em flagrante e posterior ação penal / Fábio Vieira Matos. -- Cacoal, RO, 2017.

85 f.

Orientador(a): Prof. Me. Bruno Milenkovich Caixeiro

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Fundação Universidade Federal de Rondônia

1. Teste de alcoolemia. 2. Constitucionalidade. 3. Etilômetro. 4. Lei seca. I. Caixeiro, Bruno Milenkovich. II. Título.

CDU 343.125

DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO LAUDO DO ETILÔMETRO PROBANTE PARA FINS DE PRISÃO EM FLAGRANTE E POSTERIOR AÇÃO PENAL

Por

FÁBIO VIEIRA MATOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor M.e Bruno Mllenkovich Caixeiro – UNIR - Presidente

Profª M.^a Daeane Zulian Dorst – UNIR - Membro

Professor M.e Silvério dos Santos Oliveira - UNIR - Membro

Conceito: 89.

Cacoal, 12 de dezembro de 2017.

Dedico esse trabalho à minha esposa Simone Caldeira e Silva Matos, companheira de todos os instantes, ser humano fantástico, pessoa que sempre me deu força nos momentos de maior turbulência, e que nunca mediu esforços para me ajudar e me manter no caminho de meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus que iluminou o meu caminho, durante esta caminhada. Agradeço a minha esposa, Simone Caldeira, que, de forma especial e carinhosa, deu-me força e coragem, apoiando-me nos momentos de dificuldades, agradeço aos meus filhos queridos, Géssica, Fábio Jr. Nychollas, Leonardo, Bruno, Sthefany, Carolina (Carol) e minha caçula Isabela (Bela), que embora não tivessem conhecimento disto, iluminaram de maneira especial os meus pensamentos, levando-me a buscar mais conhecimentos, e não deixando de agradecer de forma grata e grandiosa meus pais, Ariosvaldo e Cláudia a quem eu rogo todas as noites a minha existência. Agradeço também a minha querida irmã Neide, que me deu muita força, quando soube que eu faria o curso de Direito, a meu querido irmão que de forma prematura nos deixou com muitas saudades, a você, Léo (*in Memoriam*) dedico esta graduação.

Agradeço também a todos os professores que me acompanharam durante a graduação, em especial ao Prof. M.e Bruno Milenkovich Caixeiro, através de seu imenso conhecimento jurídico, e sua dedicação, foi o responsável pela realização deste trabalho.

Agradeço ao Professor Paulo, por ter estendido a mão no momento mais difícil não só do curso como também da minha vida, que com seus conselhos, incentivou-me a não esmorecer e continuar no caminho.

A todos os professores do Departamento do curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles, que foram importantes na minha vida acadêmica, sem os quais não teria sido possível chegar ao desenvolvimento desta monografia.

Aos nobres colegas: Josué, Adriano e Aécio os quais, em um momento difícil da minha vida, ajudaram e me apoiaram de forma especial, sem pedir nada em troca. A vocês expresso todo o meu agradecimento!

Aos amigos da turma 2013-1, Avelino, Thiago, Deise, Josué, Adriano, Maicon, Diogo, Jacson, Carlos, Klinger, Aécio (Loirinho), grandes companheiros no exercício diário das atividades acadêmicas, e que serão lembrados pelo resto da vida por terem marcado de forma especial a minha existência.

Aos meus amigos do Trabalho Gil Leno, Edson da Civil, Mariazinha, Jacy Alves, Luciano, Ildefonso, Chagas, Lucineia, Débora e seu esposo Eduardo, Vanessa, Daniela, Ronaldo, Damissom (Boiadeiro), Maria, “Nevinho” e Anderson, pessoas de inestimável valor, sempre muito queridas e admiráveis, obrigado por me apoiarem, e às vezes até “segurarem” o plantão, para que eu pudesse comparecer às aulas, colaborando enormemente para a conclusão desta graduação.

Aos Delegados Dr. Willian pelo apoio e colaboração e ao Dr. Sílvio Hirochi Yamaguchi, a quem devo muito pelo incentivo para começar o curso de Direito, e pela compreensão, nas escalas de plantão, e pelos livros gentilmente cedidos.

Agradeço ao apoio de meus amigos de longa data Agnaldo, Siqueira, Cido, Alvacir, Lúcio, Luiz, Edson e Genair, amigos queridos que são sempre lembrados.

Enfim, quero fazer um agradecimento especial a minha querida Mãe que, apesar das dificuldades, não mediu esforços para colaborar com esta graduação, chegando a viajar para outra cidade para que eu pudesse comparecer às aulas, de todo meu coração, te agradeço Dona Cláudia.

RESUMO

RESUMO: O presente trabalho acadêmico teve como objetivo abordar a utilização do exame de alcoolemia, realizado com o uso do etilômetro, como prova suficiente, para ensejar a ratificação da prisão em flagrante delito do acusado de conduzir veículo automotor sob o efeito de álcool ou substância análoga que cause dependência, pela autoridade policial e posterior ação penal, utilizou-se a dogmática jurídica como metodologia. Com a promulgação da lei 12.760/12 mudou-se o *caput* do art. 306 e consequentemente a quantificação de álcool no organismo do condutor, deixou de ser elemento do tipo penal, para apenas uma das formas de constatação da alteração da capacidade psicomotora. Com tal mudança, o entendimento do art. 306 passou a ter um entendimento diferente em várias partes do país. E com isso o teste do etilômetro, como meio de prova da infração penal, passou a ser um tema bastante polêmico. Sendo assim, a presente pesquisa verificou se o mencionado exame é elemento indispensável do tipo penal constante no Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Para tanto, a presente pesquisa foi dividida em três seguimentos, no qual o primeiro tratou de analisar os direitos e deveres constitucionais que abarquem a matéria em estudo, sob o prisma dos direitos e deveres constitucionais das cláusulas pétreas, da garantia da ordem pública, e em especial da dignidade da pessoa humana; o segundo tratou dos crimes de trânsito, da evolução do ordenamento de trânsito, mais especificamente do art. 306 e sua caracterização através das provas, também foi realizada uma pesquisa doutrinária, a fim de verificar o entendimento de alguns autores sobre a matéria. O terceiro e último momento foi realizada uma pesquisa nos tribunais de segunda instância e cortes superiores, a fim de verificar o entendimento das mencionadas cortes acerca da matéria, na qual se constatou que o entendimento acerca do fato em estudo, nas cortes de segunda instância é que o laudo do etilômetro, como prova una, não é suficiente como prova do delito descrito no art. 306. Todavia, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento não está pacificado, uma vez que a Quinta Turma entende que, com a mudança da lei, é necessário como prova a comprovação da alteração da capacidade psicomotora; já a Sexta Turma entende que o teste do etilômetro é prova suficiente para uma condenação, uma vez que a lei anterior a 12.760/12 não foi revogada.

Palavras-chave: Teste De Alcoolemia. Constitucionalidade. Etilômetro. Lei-Seca.

ABSTRACT

ABSTRACT: This academic work aimed at addressing the use of alcohol examination, carried out with the use of etilômetro as sufficient proof, to signify the ratification of the arrest in flagrante delicto of accused of leading automotive vehicle under the effect of alcohol or similar substance that cause dependence, by the police authority and subsequent criminal action, we used the legal dogmatics as methodology. With the promulgation of the law 12.760/12 changed the caput of article 306 and consequently the quantification of alcohol in the body of the driver, ceased to be an element of criminal type, for just one of the ways of finding the amendment of psychomotor ability. With this change, the understanding of the art. 306 began to have a different understanding in various parts of the country. And with this the test of etilômetro, as a means of proof of criminal offense, has become a very controversial topic. Thus, the present study verified that the mentioned examination is an indispensable element of the criminal type listed in Article 306 of the Brazilian Traffic Code. For both, the present study was divided into three segments, in which the first came to analisar the constitutional rights and obligations covering the subject in study, under the prism of constitutional rights and obligations of pétreas clauses, the guarantee of public order, and in particular the dignity of the human person The second dealt with crimes of transit, the evolution of regional transit, more specifically of art. 306 and their characterization by means of evidence, was also conducted a survey doutrinaria, in order to check the understanding of some authors on the subject. The third and last time we conducted a survey in the courts of second and third instance, in order to check the understanding of the mentioned cuts on the subject, in which it was found that the understanding about the fact in study, in the courts of second instance is that the award of etilômetro as evidence, is not sufficient as evidence of the offense described in art. 306. However, the Superior Court of Justice, the understanding is not pacified, once the fifth class believes that, with the change of the law, is required as proof attesting the amendment of psychomotor capacity; already the sixth class believes that the test of etilômetro is proof enough for a conviction, since the previous law 12.760/12 was not revoked.

Keywords: Test of alcohol. Constitutionality. Etilômetro. Dry Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
1.1 A LEI NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.	17
1.2 PREMISSAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	21
1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
1.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	24
1.5 ASPECTOS E GARANTIAS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS.....	25
1.6 GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	26
1.7 GARANTIAS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	28
1.8 GARANTIAS DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.....	30
1.9 A HIPOSSUFICIÊNCIA DO LAUDO DO ÉTILÔMETRO	33
2 OS CRIMES DE TRÂNSITO	38
2.1 DOGMAS ANTERIORES E ATUAIS SOBRE O DELITO DE EMBRIAGUEZ NA DIREÇÃO.....	41
2.2 ELEMENTOS DO TIPO PENAL DA EMBRIAGUEZ NA DIREÇÃO	44
2.3 DA JURISDIÇÃO.....	50
2.3.1 Características da Jurisdição.....	50
2.3.2 Princípios da jurisdição.....	52
2.4 CARACTERIZAÇÃO DA EMBRIAGUEZ NA DIREÇÃO VEICULAR E O MEIO PROBANTE.....	53
2.4.1 Das provas	56
2.4.2 O objeto da prova.....	57
2.4.3 Os princípios da prova.....	57
2.4.4 Meios de prova no crime de embriaguez na direção.....	58
3 TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTANCIA, CORTES SUPERIORES E SUAS DECISÕES SOBRE O EXAME DE ALCOOLEMIA REALIZADO COM USO DO ÉTILÔMETRO.....	62
3.1 TRIBUNAIS DE JUSTIÇA	62
3.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	63

3.3 DECISÕES JURISPRUDENCIAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA	67
3.4 DECISÕES JURISPRUDENCIAIS DE CORTES SUPERIORES.....	72
3.4.1 Do teor político e jurídico manifestados nas decisões das cortes superiores.....	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
REFERÊNCIAS.....	82

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS
ART.	ARTIGO
CF	CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CONTRAN	CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO
CTB	CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO
DENATRAN	DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÂNSITO
RESP.	RECURSO ESPECIAL
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TJ	TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DETRAN	DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar os elementos probantes que caracterizem (ou não), os procedimentos de prisão em flagrante no crime de embriaguez na direção de veículo automotor, previsto no artigo 306 do Código de trânsito Brasileiro (CTB), e posterior condenação por parte do poder judiciário, tendo como prova *una*, o teste de alcoolemia, realizado com o uso do etilômetro "Bafômetro", verificando se a prova produzida com o uso do mencionado equipamento é *de per si* suficiente para a ratificação da prisão em flagrante pela autoridade policial, e sua consequente prisão preventiva e posterior embasamento para formalização de denúncia apresentada pelo Ministério Público, pelo crime descrito.

Ainda, analisar, por meio do prisma constitucional, se tal prova não fere os direitos fundamentais do indivíduo, o estado democrático de direito, suas premissas e o princípio da "*nemo tenetur se detegere*" ou seja, o princípio de não produzir prova contra si.

O tema em questão surgiu da observação de decisões divergentes sobre a mesma temática, uma vez que o autor é profissional na área da segurança pública, e constatou durante seu trabalho cotidiano que, em alguns lugares, o laudo do etilômetro é prova suficiente para ensejar uma condenação; entretanto, em outros lugares, tal prova é questionável e não suficiente quando apenas esta é o meio probante do delito.

Verifica-se que, após a alteração da legislação específica, por conta da lei 12.760/12, outros entendimentos práticos, por parte de autoridades policiais e judiciais, passaram a ser verificados, uma vez que com a mudança do caput do art.

306 do CTB, o qual define o tipo penal de conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada sob o efeito de álcool ou outra substância análoga, passou a ter o entendimento que para configurar o tipo penal, é necessário a prova da alteração da capacidade psicomotora, e sendo assim, o teste do etilômetro passou a ser apenas um dos elementos de constatação do consumo de álcool e indício de alteração da capacidade psicomotora, sendo necessários exames complementares ou outras provas descritas no § 2º do art. 306.

Diante de tais situações, é notória a insegurança jurídica, uma vez que, em alguns lugares, pessoas que utilizaram medicamentos que contêm álcool ou mesmo um bombom que contenha álcool em quantidades ínfimas e, ao serem submetidas ao teste do etilômetro, podem ser presas e condenadas. Entretanto, em outros lugares, no qual o condutor consumiu bebida alcoólica em pequenas quantidades, pode estar com sua capacidade psicomotora alterada, uma vez que o álcool atua de forma diferente em organismos diferentes, pode ser liberado, pois o teste pode dar abaixo do valor considerado crime, ou seja, 0,6 miligramas de álcool no sangue. E, por conseguinte uma pessoa sem condições de dirigir pode ser liberada, e uma pessoa apta para dirigir pode ser presa.

A vista de tal problemática foi realizada esta pesquisa, utilizando o método da dogmática jurídica, a fim de verificar a legislação, o entendimento jurisprudencial o entendimento dos tribunais de segunda e tribunais superiores, a fim de analisar decisões sobre a temática em estudo.

Desta maneira, a presente pesquisa verificou se o mencionado exame é elemento indispensável do tipo penal constante no Art. 306 do código de Trânsito Brasileiro. Para tanto, a presente pesquisa foi dividida em três seguimentos: o primeiro tratou de analisar os direitos e deveres constitucionais que abarquem a matéria em estudo, sob o prisma dos direitos e deveres constitucionais das cláusulas pétreas, da garantia da ordem pública, e em especial da dignidade da pessoa humana.

O segundo capítulo tratou dos crimes de trânsito, dos dogmas do ordenamento de trânsito, mais específico do art. 306 e sua caracterização, da Jurisprudência e suas características, das provas e suas características, mais específicas nas provas do delito de embriaguez na direção. Também foi realizada uma pesquisa doutrinária, a fim de verificar o entendimento de alguns autores sobre a matéria.

O terceiro e último capítulo apresenta uma pesquisa que foi realizada nos tribunais de segunda e tribunais superiores, a fim de verificar o entendimento das mencionadas cortes acerca da matéria. Assim, constatou-se que o entendimento acerca do fato em estudo, nas cortes de segunda instância é de que o laudo do etilômetro como prova não é suficiente, para uma condenação, uma vez que tal laudo não verifica a alteração da capacidade psicomotora do condutor. Todavia, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento não está pacificado, visto que a Quinta Turma entende que, com a mudança da lei é necessária, como prova do delito descrito no Art. 306, a demonstração da alteração da capacidade psicomotora do condutor, sendo que esta pode ser constatada por vários meios, entre eles: prova testemunhal, vídeo, termo de constatação, exame clínico, entre outras provas admitidas no direito. Entretanto, a Sexta Turma do STJ entende que o teste do etilômetro é prova suficiente para uma condenação, uma vez que a lei 9.503/97 não foi revogada e, portanto o teste do etilômetro é prova suficiente para uma condenação. Durante a pesquisa verificou-se que não foi realizado um julgamento de recurso repetitivo de controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria em verificação, recurso este que pacificaria a utilização do etilômetro, sob o prisma da lei 12.760/12.

O Supremo Tribunal Federal não foi provocado sobre tal controvérsia, desta maneira não se tem posicionamento deste órgão sobre a matéria em estudo.

Diante de fatos desta natureza, nota-se uma divergência acerca da interpretação do Art. 306 da lei 12.760/12. Por parte de autoridades policiais e magistrados, o presente estudo tem por escopo a análise do mencionado artigo, sua origem, seus efeitos e sua aplicação e, de forma central, a verificação do conjunto probante necessário para uma possível condenação pelo crime em comento.

O exame de alcoolemia, realizado através do equipamento denominado etilômetro, seria suficiente para a ratificação da prisão em flagrante pela autoridade policial e posterior condenação pelo poder judiciário?

É a pergunta que a presente pesquisa deseja discutir, e apresentar suas conclusões.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal Brasileira definiu, em seu Art. 1º, caput, o perfil político constitucional do Brasil sendo este um estado democrático de direito. O estado democrático de direito reúne preceitos do estado democrático e do estado de direito, entretanto, para uma melhor compreensão a respeito do estado democrático de direito, é necessária uma análise dos seus componentes e sua evolução, para chegar ao seu significado.

Segundo Silva (2005, p. 117), o estado democrático visa resguardar os princípios democráticos como garantias gerais dos direitos fundamentais da pessoa humana se contrapondo ao estado de direito, uma vez que no estado de direito ou estado liberal, não existe a participação popular na formação de tomadas de decisão, tampouco a ideia de igualdade, no qual todos teriam direitos iguais nesta tomada de decisões.

Este se funda no princípio da soberania popular "que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não exaure, como veremos na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do estado democrático, mas não o seu completo desenvolvimento" visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. (SILVA 2005, p. 117).

Na origem o Estado de Direito, tinha um conceito liberal. Daí, fala-se em estado liberal de direito, tendo suas características básicas, conforme as descreve Silva (2005, p.113):

A) a submissão ao império da lei, sendo esta considerada formalmente como ato emanado pelo poder Legislativo, composto por representantes do povo. B) a divisão dos poderes, que separa de forma harmônica e independente os poderes legislativo, executivo e judiciário que certifique a produção de leis por parte do legislativo, a independência do executivo e a

imparcialidade do judiciário. C) enunciado e garantia dos direitos individuais, essas exigências continuam a serem postulados básicos do Estado de Direito.

O estado de direito emerge com princípios de liberalidade na qual existe a submissão da soberania estatal à lei e às garantias dos direitos individuais.

A concepção de estado que surgia, numa transição não uniforme de absolutista para estado de direito, passou a ser estabelecida de forma que garantisse segurança coletiva pela manutenção da sociedade, isto é, como contraprestação à "aceitação pela convivência coletiva, a sociedade passou a exigir do estado uma prestação de proteção, chamada tutela. (CAIXEIRO 2011, p. 98).

A formação do estado de direito foi um grande avanço contra as arbitrariedades do absolutismo, entretanto, apesar deste avanço, ainda existia a necessidade de um conteúdo social, uma vez que se considerava direito apenas aquilo que estava descrito no ordenamento jurídico à época.

[...] a igualdade do estado de direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos foi a construção do estado social de direito, que, no entanto não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. A onde a concepção mais recente do estado democrático de direito, como estado legitimidade justa (ou estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção (SILVA 2005, p. 118).

Corroborando sobre tais afirmações acerca do Estado de Direito, Capez (2005, p. 8) afirma que:

No estado formal de direito, todos são iguais, porque a lei é igual para todos e nada mais. No plano concreto e social, não existe intervenção efetiva do poder público, pois este já fez a sua parte, ao assegurar a todos as mesmas chances, do ponto de vista do aparato legal, de resto, é cada um por si.

Sobre o Estado de Direito, Streck e Moraes (2003, p. 87) afirmam que:

[...] o estado de direito emerge como uma construção própria à segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha – como *Rechtstaat* – e, posteriormente, sendo incorporado à doutrina francesa, em ambos como um debate apropriado pelos juristas e vinculado a uma percepção de hierarquia das regras jurídicas, com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do estado pelo Direito.

Entretanto, com a busca constante das classes mais elevadas socialmente por uma igualdade por meio das normas gerais, ficou evidente a preocupação com a inflexibilidade das regras, uma vez que nesta situação qualquer forma de interpretação que não fosse a literal do texto, poderia ser subjetivismo arbitrário, o que foi preponderante para o surgimento do positivismo jurídico como garantia do estado de direito.

Ou seja, apesar de as leis serem genéricas e impessoais no estado de direito, estas não são socialmente justas, uma vez que não realizam uma verificação de condutas delituosas feitas pelo legislador.

Já no século XX, ocorrem mudanças no estado de direito, este passa para algo além da legalidade estatal, ou seja, não é apenas a forma jurídica que caracteriza o estado.

[...] o estado de direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção de ordem jurídica, mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição. (STRECK : MORAES 2003, p. 88).

Por este motivo, o constituinte foi além, declarando que o Brasil não é apenas um estado de direito, mas sim um estado democrático de direito.

Podemos, então, afirmar que do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que é atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado. (CAPEZ, 2005, p.10).

Silva (2005) ensina que, no estado democrático de direito, a democracia deve ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, na qual o poder emana do povo e deve ser exercido em prol da população, diretamente ou por representantes eleitos, com a atuação participativa do povo, uma vez que é necessária a participação do povo nos processos decisórios do governo e em sua formação, porque o governo deve respeitar a diversidade de ideias, culturas e etnias.

1.1 A LEI NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O princípio de legalidade é uma regra fundamental no estado democrático de direito e a essência de seu conceito se subordina na constituição federal, e na legalidade democrática, subordinando o estado ao império das leis, entretanto não das leis que imperaram no estado de direito, ou seja, leis que não davam condições de igualdade aos socialmente desiguais.

Segundo Silva (2005, p. 121), a lei no estado democrático de direito não deve apenas exercer o papel de generalidade, não deve ser apenas um instrumento normativo, mas deve estar em condições de efetivar mudanças sociais e democráticas na sociedade.

Sobre a lei no estado democrático de direito, Silva (2005, p. 121) afirma que:

[...] é precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalva a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de Lei, como a que imperou no estado de Direito Clássico, pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante Lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade.[...]

Com relação à lei e o direito penal sob a luz do estado democrático de direito, Capez (2005, p.13) faz as seguintes considerações:

1. O Direito Penal Brasileiro somente pode ser concebido à Luz do perfil constitucional do Estado Democrático de Direito, devendo, portanto, ser um Direito Penal democrático.
2. Do Estado Democrático de Direito parte um gigantesco tentáculo, a regular todo o sistema penal, que é o princípio da dignidade humana, de modo que toda incriminação contrária a isto é substancialmente inconstitucional.
3. Da dignidade humana derivam princípios constitucionais do Direito Penal, cuja função é estabelecer limites à liberdade de seleção típica do legislador, buscando, com isso, uma definição material do crime.
4. Esses contornos tornam o tipo legal uma estrutura bem distinta da concepção meramente descritiva do início do século passado, de modo que o processo de adequação de um fato passa a submeter-se à rígida apreciação axiológica.
5. O legislador, no momento de escolher os interesses que merecerão a tutela penal, bem como o operador do direito, no instante em que vai proceder à adequação típica, devem, forçosamente, verificar se o conteúdo material daquela conduta atenta contra a dignidade humana ou os princípios que dela derivam. Em caso positivo, estará manifestada a inconstitucionalidade substancial da norma ou daquele enquadramento, devendo ser exercitado o controle técnico, afirmando a incompatibilidade vertical com o texto magno.
6. A criação do tipo e a adequação concreta da conduta ao tipo devem operar-se em consonância com os princípios constitucionais do Direito Penal, os quais derivam da dignidade humana que, por sua vez, encontra fundamento no Estado Democrático de Direito.

A lei não pode ficar simplesmente na seara normativa, não podendo ser apenas lei de arbitragem, uma vez que precisa influir na realidade da sociedade, significa dizer que não é apenas aquele que estabelece a subordinação de todos a lei, mas na qual as leis possuam conteúdo e adequação social, descrevendo como tipos penais somente os fatos que realmente colocam em risco bens jurídicos fundamentais para a sociedade, bem como a aplicabilidade de sanções coercitivas.

Sobre a aplicabilidade das sanções no estado democrático de direito, Caixeiro (2011, p. 106) esclarece que:

[...] em sentido antagônico, presume-se a sobreposição do direito coletivo em detrimento do individual, em que, considerando-se as condições dos diversos tipos legais (dispositivos de lei), sempre será possível a adoção de uma forma que viabilize a efetividade do ordenamento jurídico, isto é, a vontade do Estado, representada pela vontade do legislador, por meio do uso da chamada Sanção. Esta, por sua vez, nada mais é do que o meio coercitivo para se fazer valer a vontade estatal e coletiva, expressa no ordenamento jurídico, em detrimento da vontade individual quando de conflitos sociais estabelecidos na sociedade.

Não ocorrendo esta adequação a norma se configurará como atentatória aos princípios básicos da dignidade humana, a lei penal em um estado democrático de direito não é tão somente aquela que descreve formalmente um fato como infração penal, não se importando se ela ofende ou não o sentimento de justiça, ao contrário, o tipo incriminador deverá escolher obrigatoriamente, dentre todos os componentes humanos, apenas aqueles que realmente possuem uma real lesão à sociedade.

Com relação aos tipos incriminadores e sanções aplicadas dentro do ordenamento jurídico, Caixeiro (2011, p. 106 - 107) esclarece que:

A aplicação dos diversos tipos de sanções em relação a um fato ocorrido na sociedade é o fator motivador de interpretação da temática justiça, se pensados os diversos ramos do Direito. Por exemplo, no âmbito do Direito Penal, a sua sanção prevê penalidade restritiva de direito e privativa de liberdade para o indivíduo que pratique um ato, resultante em fato tipicamente previsto como ilícito, isto é, o ordenamento jurídico coíbe ou, ainda, tenta coibir, a prática de atos não almejados socialmente que resultem em delitos. Tais atos não almejados pela sociedade, geralmente são punidos com penalidades, contidas nas sanções, restritas de direito ou de liberdade.

Com efeito, a lei no estado democrático de direito tem como escopo a proteção ao bem tutelado, sobe pena de sanções ao indivíduo que violar tais normas, cabe ressaltar que para a aplicação da norma ao caso concreto é necessária uma interpretação dogmática da norma a fim de aplicação efetiva da

norma penal. Sobre a dogmática jurídica, far-se-á uma verificação, a fim de analisar a forma de aplicação das sanções previstas no ordenamento jurídico.

A dogmática jurídica tem como premissa um ponto de partida, ou seja, os dogmas, para a interpretação da norma posta, não se restringindo apenas a repetir dogmas, a interpretação da norma apenas pela norma posta, mas também a ampliação da interpretação pela norma não descrita, ou seja, ela amplia a interpretação, ou a verificação da regulação do que não foi regulado pela norma.

Visto desse ângulo, percebemos que o conhecimento dogmático dos juristas, embora dependa de pontos de partida inegáveis, os dogmas, não trabalha com certezas, mas com incertezas. Essas incertezas são justamente aquelas que, na sociedade, foram aparentemente eliminadas (ou inicialmente delimitadas) pelos dogmas. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 44).

Ainda segundo Ferraz Júnior (2003, p. 76) sobre a dogmática jurídica na atualidade:

Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do Direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente.

Não obstante, pode-se afirmar que os dogmas são algo estabelecido pelo legislador, pelas partes que contratam ou pela decisão da administração, algo que não pode ser mudado trocado ou substituído, ou seja, as normas regulamentos e contratos, que objetivam organizar as relações jurídicas na sociedade, isto é, os dogmas são o ponto inegável de partida para a interpretação da norma, e que para identificar o direito deve ser realizada uma interpretação da norma, deste modo Ferraz Júnior (2003, p. 92) descreve a verificação dogmática da norma:

Em suma, ao distinguir, definir, classificar, sistematizar, a ciência dogmática está às voltas com a identificação do Direito, tendo em vista a decidibilidade de conflitos. Estudar a ciência jurídica é aprender a elaborar esses sistemas, é dominar-lhe os princípios de construção, é saber distinguir para depois integrar de forma coerente. Para realizar essa construção é que o jurista elabora seus conceitos, que têm ostensiva função operacional. Eles servem para operacionalizar a tarefa de sistematização.

Para um maior entendimento acerca dos direitos e obrigações do indivíduo, é de grande importância entender as premissas do estado democrático de direito, e a mais importante delas para o estudo em tela é a dignidade da pessoa humana.

1.2 PREMISSAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O estado democrático de direito encontra-se formalmente instituído no parágrafo primeiro da Constituição Federal tem como seus princípios a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Sobre o estado democrático de direito, Streck e Moraes (2003, p. 93) ensinam que são princípios do estado democrático de direito:

A constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; B) Organização democrática da sociedade; C) sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um estado *antropologicamente amigo*, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D) Justiça social como mecanismo corretivo das desigualdades; F) Divisão de poderes ou de funções; G) Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H) segurança e certezas jurídicas;

Corroborando com Streck e Moraes sobre os princípios do estado democrático de direito, Silva (2005, p. 122) afirma que são princípios do estado democrático de direito:

Princípio da constitucionalidade: pressupõe uma constituição rígida, emanada da vontade popular, dotada de supremacia, vinculante a todos os poderes e seus atos; II) Princípio da democracia: democracia representativa e participativa, pluralista e que garanta a vigência e eficácia dos direitos fundamentais (CF, art. 1º); III) Sistema de direitos fundamentais: consagração e garantia de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais (Títulos I, VII e VIII); IV) Princípio da justiça social (CF, art. 170, “caput”, art. 193): consagração de princípios da ordem econômica e da ordem social, como ferramenta de busca da justiça social; V) Princípio da igualdade (CF, art. 5º, “caput”, I): pressupõe uma igualdade material e não simplesmente formal; VI) Princípio da divisão de poderes (CF, art. 2º) e da independência do juiz (CF, art. 95); VII) Princípio da legalidade (CF, art. 5º, II); e VIII) Princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI a LXXIII).

Todos os princípios básicos ora citados trazem como conteúdo valorativo a dignidade da pessoa humana, pois o estado não é um fim em si mesmo, constituindo-se em um instrumento para efetivação da justiça social.

Dentre os preceitos elencados na Constituição Federal, dentre os quais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, o mais importante para o estudo em questão é da dignidade da pessoa humana, por conseguinte uma verificação a respeito do mencionado preceito é necessária a fim de subsidiar o presente trabalho.

1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para um melhor entendimento acerca de direitos fundamentais e sua importância no tema em estudo, e para uma melhor compreensão sobre os capítulos que seguiram, é necessária uma breve verificação a respeito da conceituação sobre os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, os direitos elementares individuais, sociais, políticos e jurídicos que são previstos na Constituição Federal de uma determinada nação.

Por norma, os direitos fundamentais são baseados nos princípios dos direitos humanos, garantindo a liberdade, a vida, a igualdade, a educação, e a segurança; os direitos fundamentais passaram por diversas transformações com o passar do tempo, sendo este processo cumulativo e de complementariedade e não de alternância. Desta maneira, alguns autores denominam o processo evolutivo dos direitos fundamentais em gerações, dando a impressão de serem substituídos gradativamente, porém pelo fato de serem cumulativos e de complementariedade, Sarlet (2012, p. 29) afirma que o termo mais adequado seria “dimensões” dos direitos fundamentais.

Não existe consenso com relação à quantidade de “dimensões ou gerações” dos direitos fundamentais, sendo que alguns afirmam serem três, outros quatro e alguns afirmam serem cinco as chamadas dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais, sendo estas:

Primeira dimensão: Buscam as liberdades individuais, os direitos políticos, marca o fim do estado autoritário e inicia o estado de direito; Segunda dimensão: busca os direitos sociais, econômicos e culturais, a busca do bem comum; Terceira dimensão: direitos de solidariedade, fraternidade entre as pessoas, e a paz; Quarta

e Quinta dimensão: Própria dimensão do ser humano, direitos fundamentais, preocupa-se com a natureza humana.

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. Assim, acompanhando as palavras de Klaus Stern, podemos afirmar que o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente. (SARLET, 2012, p. 43).

A conceituação de direitos fundamentais segundo Bonavides (2004, *apud*, QUEIJO, 2012, p. 74):

[...] formalmente os direitos fundamentais são aqueles especificados na constituição. E que receberam desta, grau elevado de garantia ou segurança. São imutáveis ou, então, tem sua alteração bastante dificultada, normalmente somente por emenda a constituição. Por vezes, não se admite modificações tendentes a supri-los nem mesmo por emenda constitucional, quando então os direitos fundamentais ganham *status* de cláusulas pétreas. Materialmente, os direitos fundamentais diferem conforme os valores consagrados na constituição, a forma de estado e a ideologia abraçada, desde modo cada um estado tem seus direitos fundamentais específicos.

Já Moraes (1998, p. 66) conceitua direitos fundamentais como:

Conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Isto posto pode-se afirmar que direitos fundamentais tratam dos direitos constitucionalmente positivados ou positivados em tratados internacionais. Os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição têm características distintas, são eles naturais, abstratos, imprescritíveis, inalienáveis e universais. Rangel (2007, p. 413) define estas garantias como:

Naturais. São direitos que pertencem à própria natureza humana, razão pela qual são chamadas de naturais, porém, agora positivados. Abstratos. São direitos que, pertencerem a todos os homens, independentemente de sua nacionalidade, são abstratos. Não são direitos apenas dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país, como diz a constituição (Art. 5º, caput, da CRFB), mas de todas as pessoas, nacionais ou estrangeiras, residentes ou não no país, que se encontrem em território nacional. Imprescritíveis. São direitos que, por se referirem à própria natureza imutável do ser

humano, não se perdem com o tempo, portanto são imprescritíveis. A qualquer momento podem ser exigidos por seus titulares. Inalienáveis. São direitos de que os homens não podem abrir mão, são indisponíveis, e, por isso são inalienáveis. A afirmativa de que não existem direitos constitucionais absolutos é errônea. O direito da pessoa acusada ou investigada de não ser submetida a tortura, tratamento desumano ou degradante é absoluto. Nenhuma pessoa pode abrir mão desse direito.[...]. Universais. São direitos que, embora sejam inerentes a cada pessoa, individualmente, podem ser exercidos, por cada um, independentemente da coletividade, por isso são universais, pertencem a todos os homens.

Diante do exposto é correto afirmar que os direitos fundamentais são baseados nos direitos humanos e visam garantir os direitos a liberdade, a vida, a igualdade, a segurança e dignidade da pessoa humana.

1.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais descritos na Constituição Federal têm como fundamento básico a dignidade da pessoa humana, tal princípio trata de um valor moral e espiritual inerente ao ser humano. Por isso, toda pessoa é dotada desse preceito, o qual trata do princípio mais importante do estado democrático de direito.

Segundo Barroso (2010), a dignidade da pessoa humana tem sua origem na filosofia, constitui, em primeiro lugar, um valor, um conceito que é axiológico, atrelado a ideia do bom, justo e virtuoso, que ao lado de outros valores primordiais do direito, como justiça, segurança e solidariedade, torna-se a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Com relação à incursão do princípio da dignidade da pessoa humana no direito, Barroso (2010, p. 10) esclarece que:

[...] Em um primeiro momento, contudo, sua concretização foi vista como tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político. E, como consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da Filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também status de princípio jurídico. Em sua trajetória rumo ao Direito, a dignidade beneficiou-se do advento de uma cultura jurídica pós-positivista. A locução identifica a reaproximação entre o Direito e a ética, tornando o ordenamento jurídico permeável aos valores morais. Ao longo do tempo, consolidou-se a convicção de que nos casos difíceis, para os quais não há solução pré-pronta no direito posto, a construção da solução constitucionalmente adequada precisa recorrer a elementos extrajurídicos, como a filosofia moral e a filosofia política. E, dentre eles, avulta em importância a dignidade humana. Portanto, antes mesmo de ingressar no universo jurídico,

positivada em textos normativos ou consagrada pela jurisprudência, a dignidade já desempenhava papel relevante, vista como valor pré e extrajurídico, capaz de influenciar o processo interpretativo.

Desta maneira Barroso (2010) afirma que a dignidade humana é um valor fundamental que foi convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja este por sua positivação em norma expressa seja por aceitação como mandamento jurídico. Servindo tanto com justificação moral quanto fundamento normativo para os direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado em caso de conflitos entre os direitos fundamentais, embora qualificada como um valor ou princípio fundamental, esta não tem caráter absoluto, é certo que, na maior parte das vezes, ela deve ter precedência quando entra em choque com outros princípios, mas em determinados contextos, aspectos relevantes da dignidade poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais e sociais, a exemplo a expulsão do estrangeiro, a pena de prisão, e na proibição de certas formas de expressão; e, finalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana se aplica tanto nas relações entre indivíduos e estado, como nas relações privadas.

O direito público é o ordenamento jurídico que estabelece a subordinação entre o indivíduo e o estado, este se dedica à regulamentação estatal, e às relações entre os estados e particulares, e às ações do cidadão na seara pública, defendendo o interesse público que é soberano ao interesse privado. Ou seja, o interesse público se sobrepõe ao interesse particular, porém sem ofender a dignidade da pessoa humana.

Para uma melhor compreensão acerca dos direitos e garantias individuais e coletivas, é necessária uma verificação acerca das cláusulas pétreas, elencadas na nossa Constituição Federal, uma vez que trata de cláusulas imutáveis, da norma constitucional posta.

1.5 ASPECTOS E GARANTIAS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS

As cláusulas pétreas são instrumento de preservação dos ideais e valores do poder constituinte, funcionam como vedações que visam garantir e conservar a identidade e os princípios fundamentais da constituição funciona impedindo a

abolição de matérias de conteúdo intangível, ou seja, matérias que não podem ser alteradas ou mudadas.

Por conseguinte, é possível afirmar que as cláusulas pétreas são barreiras para uma reforma constitucional, que só poderá ser rompida através de mudança da ordem constitucional vigente, através da promulgação de uma nova constituição, ou seja, as cláusulas pétreas são garantias da identidade e dos princípios fundamentais da constituição.

As cláusulas pétreas estão descritas na Constituição Federal de 1988 no art. 60 parágrafo IV que diz:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

No parágrafo IV do Art. 60 da CF estão descrita a vedação de matérias consideradas cláusulas pétreas, dentre elas a que interessa para o estudo em questão: trata-se da contida no inciso IV- os direitos e garantias individuais.

1.6 GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A garantia da razoável duração do processo foi instituída através da emenda constitucional número 45/2004, na qual acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Logo com a mencionada emenda constitucional, foram instituídas no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos mais duas novas garantias, fundamentais: a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo.

Foram considerados para a edição desta emenda constitucional o direito à celeridade do processo, tanto para o réu como para a vítima, evitando, com a entrada em vigor desta lei, a procrastinação indeterminada de uma persecução

criminal, que, com a demora das decisões, transforma-se verdadeiramente em antecipação da pena e mais sofrimento para a vítima.

A razoabilidade da duração do processo não pode dificultar tampouco impedir o direito fundamental de defesa, ou inviabilizar o processo penal, como instrumento para aplicabilidade da norma penal.

O princípio constitucional do estado de direito efetivamente exige estabelecimento de limites categóricos ao exercício do poder estatal, inclusive temporais, sobretudo no que tange à restrição estatal da liberdade individual das pessoas, como ocorre com a persecução criminal (FEITOZA, 2010, p. 161).

Sobre a razoabilidade do processo legal, Távora e Alencar (2009, p. 55) afirmam que:

A razoável duração do processo implica decisivamente na legalidade da manutenção da prisão cautelar, afinal, o excesso prazal da custódia provisória leva à ilegalidade da segregação, entendimento consagrado inclusive no âmbito do STF [...].

Segundo Feitoza (2010, p. 163), o prazo máximo de duração do processo e o prazo prescricional são independentes, ou seja, o prazo máximo de duração do processo deve ser verificado a cada pessoa submetida à persecução penal. Portanto, o prazo razoável pode ter se esgotado em relação a um agente, cuja persecução criminal iniciou anteriormente, mas não em relação a outro agente, desde que não tenha ocorrido a prescrição ou outra causa extintiva de punibilidade que impeça a persecução penal quanto a este.

O prazo prescricional pode se esgotar e, por conseguinte, ocorrer a extinção da punibilidade, sem que jamais se inicie a contagem do prazo “prazo razoável do processo”, pode não ter havido qualquer pessoa submetida a uma persecução criminal. (FEITOZA, 2010, p. 163).

Diante dos apontamentos elencados acerca do princípio da razoável duração do processo, conclui-se que, no estado de democrático de direito, o exercício do poder só pode ser legítimo se estiver regulamentado por normas que fixem limites categóricos, inclusive temporais, a fim de evitar abuso ou excesso da autoridade pública, e o prazo razoável do processo é uma das garantias fundamentais que devem ser respeitadas.

1.7 GARANTIAS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Segundo Rangel (2007), historicamente o marco principal da garantia do princípio da inocência ocorreu em pleno iluminismo, no final do século XVIII, quando na Europa surgiu a necessidade de se opor contra o sistema processual penal inquisitório, uma vez que este, com base romana canônica, existente desde o século XII, não possuía nenhum tipo de garantia para o acusado, prevalecendo métodos que, a qualquer preço, queriam sua condenação, inclusive com utilização de tortura para chegar a “verdade” dos fatos. Neste contexto, surgiu a necessidade de o cidadão se proteger contra as arbitrariedades do estado, pois se presumia como regra a culpa do acusado.

Ocorre que, com a revolução francesa, nasce em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e no seu art. 9^a, fica consignado que: “Art. 9^o. Todo acusado é considerado inocente, até ser declarado culpado e se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Já no Brasil, o chamado princípio da presunção da inocência foi consagrado pela primeira vez na Constituição da República Federativa no ano de 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU. O princípio da presunção da inocência está descrito na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no Art. 5^o, LVII, em que descreve: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Quer dizer que se trata de uma garantia constitucional em que o reconhecimento de imputação de uma infração penal a alguém pressupõe uma sentença condenatória no qual ocorra o trânsito em julgado, ou seja, o indivíduo é presumidamente inocente até que seja provado o contrário, cabendo ao acusador o ônus da prova. Desta maneira, cabe a quem acusa demonstrar a responsabilidade do acusado, diante desta presunção de inocência, o cerceamento cautelar da liberdade, como prisão temporária ou prisão preventiva só poderá ocorrer em casos de estrita necessidade. Tais afirmações são corroboradas com os ensinamentos de Tourinho Filho (1998, p. 66).

[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, apenas poderá ser admitida a título de

cautela. Assim, por exemplo, condenado o réu, seja ele primário, seja ele reincidente, tenha ou não tenha bons antecedentes, se estiver se desfazendo de seus bens, numa evidente demonstração de que pretende fugir a eventual sanção, justifica-se sua prisão provisória. do contrario não [...].

Neste diapasão medidas cautelares como busca e apreensão, quebra de sigilo fiscal, telefônico e bancário, ou mesmo a própria exposição na mídia da imagem do indiciado durante a persecução criminal, podem causar danos irreparáveis ao acusado e por isso, a sua autorização por parte do poder judiciário devem ser observados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Sobre o princípio da presunção da inocência, os autores Távora e Alencar (2009, p. 45) esclarecem que:

É certo que na atual ordem constitucional, não podemos admitir uma distinção dessa ordem, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, a culpa não se estabelece. Ainda assim, o STF, na súmula nº 716, admite a aplicação dos benefícios da Lei de Execuções Penais, como a progressão de regime, àqueles que ainda não estejam definitivamente condenados, desde que exista sentença condenatória em que só a defesa tenha recorrido. É o que tem se chamado de execução provisória.

Consiste, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao final do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado da ampla defesa e do contraditório. Corroborando com ensinamentos de Távora e Alencar, Lima (2016, p. 80) esclarece que:

A Constituição Federal, todavia, é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer [...].

Entretanto, em outra vertente, Rangel (2007, p. 24) discorda de tais entendimentos sobre o princípio de presunção de inocência e afirma que:

Primeiramente, não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente.

Segundo Rangel (2007), “A constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de

sentença condenatória (art. 5º, LVII)”. Ainda de acordo com Rangel (2007, p. 24), sobre a presunção de inocência, ele esclarece que:

[...] o réu tanto pode ser presumidamente culpado como presumidamente inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não, neste momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência.

Diante de tais esclarecimentos, verifica-se que o princípio da presunção de inocência encontra-se elencado na Constituição Federal, mais precisamente no Art. 5º, LVII e por isso, trata-se de uma garantia constitucional. Assim, ninguém pode ser considerado culpado antes de ter sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, na Constituição Federal existe a presunção de inocência e não a presunção de culpa. Assim, ninguém pode ser considerado culpado antes de ter sido submetido a processo penal apropriado, com direito à razoável duração do processo, à ampla defesa e ao contraditório, no qual o ônus da prova cabe a quem acusa, e só assim, após todos os trâmites processuais, e em caso de condenação, o indivíduo pode ser considerado culpado.

1.8 GARANTIAS DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Literalmente, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir.

O princípio da não autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere*, que seja o princípio de não produzir prova contra si, ou mais especificamente quer dizer que o acusado de um delito não está obrigado a contribuir para sua própria incriminação. Trata-se de uma limitação ao poder do estado na busca da verdade no processo penal, mas sobretudo de uma garantia de respeito à dignidade humana, tal garantia encontra-se elencada na Constituição Federal que assegura ao acusado o direito de permanecer calado.

O princípio da inexigibilidade de autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere*, que assegura que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo, tem pontos de contato com o princípio da presunção de inocência e com o direito ao silêncio, assegurado pela constituição. A ideia é de limitação do poder de punir do Estado, importando, sob esse enfoque, em caracterização de uma certa desigualdade processual penal. (TÁVORA, 2009, p. 58).

Feitoza (2010, p. 147) corrobora com tal pensamento, e acrescenta:

O princípio da não autoincriminação ou princípio *nemo tenetur se detegere*, estabeleceria a diretriz de que ninguém pode ser forçado a produzir prova contra si mesmo, ninguém tem que se descobrir para contribuir na sua própria punição criminal, seja prestando declarações, fornecendo padrão gráfico para exame grafotécnico ou material de seu corpo para exame pericial (exame de DNA, por exemplo), soprando bafômetro para constatar embriaguez ao volante de um carro etc. A recusa de produzir prova contra si mesmo, por outro lado, não acarreta uma presunção de culpabilidade.

Segundo Queijo (2012), atualmente existem duas vertentes no Direito Penal acerca do direito a não autoincriminação, uma mais garantista a qual assegura o princípio *nemo tenetur se detegere*, ou seja, resguarda o direito a não autoincriminação, tanto no interrogatório quanto nas outras vertentes de produção de prova que dependam da anuência do acusado. Todavia, em outra vertente, inclina-se para um maior endurecimento da persecução penal, mitigando direitos e garantias individuais, ou seja, o direito ao silêncio sofre diversas restrições e a colaboração do acusado na produção de provas passa a ser exigida ou ao menos “estimulada”.

A exemplo disto, voltado para a pesquisa realizada, ocorre com o crime de embriaguez ao volante, em que o suspeito de conduzir veículo automotor é parado em uma blitz, e “convidado” a realizar o teste do etilômetro (bafômetro), entretanto em caso de recusa, este sofrerá as sanções previstas no art. 277, §3 do CTB, sendo estas seguintes sanções: a recusa é considerada uma infração gravíssima. O motorista recebe as mesmas punições administrativas do motorista embriagado que aceita fazer o teste. Ele é multado em R\$ 2.934,70, tem a carteira de habilitação recolhida e o direito de dirigir suspenso por um ano, conforme o art. 165-A do CTB:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

Desta maneira, o motorista em questão, caso não queira sofrer tais sanções administrativas deve se submeter ao exame. Diante de tal situação, o direito da não autoincriminação é mitigado, sob a alegação de o interesse público prevalecer sobre o interesse individual.

[...] esse princípio que de ninguém se pode exigir conduta de autoincriminação, expressamente ou não encartado nas leis constitucionais ou processuais, é de ser reconhecido sempre como garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito. Evidentemente que a recusa à submissão do exame não pode estabelecer presunção de estado de embriaguez que, entretanto, jamais pode satisfazer plenamente o direito punitivo. (FUKASSAWA, 2015, p. 274).

Verifica-se que o princípio de não autoincriminação não é absoluto, ou seja, trata-se de princípio de valor relativo, como os outros princípios estão demarcados com outros direitos, uma vez que a multiplicidade de situações na sociedade humana pode levar a conflitos entre princípios, e existirá a necessidade de escolha entre eles. Escolher quais os princípios têm maior valor entre a intimidade o segredo profissional e as relações familiares na estruturação do ordenamento jurídico, e quais são mais importantes ou relevantes para a produção da prova para se chegar à verdade real.

Assim, sempre que a produção da prova tiver como pressuposto uma ação por parte do acusado (v.g., acareação, reconstituição do crime, exame grafotécnico, bafômetro, etc.), será indispensável seu consentimento. Cuidando-se do exercício de um direito, tem predominado o entendimento de que não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para obrigá-lo a cooperar na produção de provas que dele demandem um comportamento ativo. Além disso, a recusa do acusado em se submeter a tais provas não configura o crime de desobediência nem o de desacato, e dela não pode ser extraída nenhuma presunção de culpabilidade, pelo menos no processo penal (LIMA, 2016, p. 119).

Diante do apresentado, conclui-se que o princípio *nemo tenetur se detegere*, não se refere apenas ao direito ao silêncio, mas ao princípio do qual o acusado de ter cometido um ato delituoso não está obrigado a produzir ou mesmo auxiliar na produção de conteúdo probante contra si, ou seja, não se resume apenas no direito de permanecer calado e sim a qualquer tipo de prova, que de uma forma ou de outra, necessite de anuência ou colaboração do acusado para a produção da mesma.

Sobre o valor probante nos processos, se faz necessário analisar a problemática encontrada com o uso do etilômetro como prova única nos crimes de embriaguez na condução de veículo automotor, constante no Art. 306 do CTB, e sobre a controvérsia existente com a entrada em vigor da lei 12.760/12. Diante disto, é necessária uma verificação na problemática existente sobre tal controvérsia.

1.9 A HIPOSSUFICIÊNCIA DO LAUDO DO ETILÔMETRO

A norma penal contida no Art. 306 do CTB, visa coibir e punir a conduta do indivíduo que, após consumir álcool ou outra substância que cause dependência, presta-se a conduzir veículo automotor, colocando, desta maneira, em risco a incolumidade pública. É inegável a presença do fator álcool, em grande parte dos acidentes de trânsito que ocorrem nas estradas brasileiras, acidentes estes que causam inúmeras mortes e graves sequelas em suas vítimas, causando, além das perdas humanas, grandes prejuízos materiais e financeiros.

Entretanto existe controvérsia com relação a um dos tipos de prova técnica para constatação de consumo e quantificação de álcool ingerida pelo infrator, a mencionada prova técnica trata do exame de alcoolemia, realizado através do aparelho etilômetro, vulgarmente conhecido por “Bafômetro”, o referido exame está descrito no parágrafo II no Art. 306 do CTB e é regulamentado pelo decreto de nº 6.488/08 e resolução Contran nº 432 de 2013.

A controvérsia que existe, sobre o exame de alcoolemia, ocorre com a condução de suposto infrator que, ao ser abordado em fiscalização, é “convidado” a realizar o exame de alcoolemia com o uso do etilômetro, e o indivíduo, ao realizar o exame, este se resulta em positivo para o uso de álcool, momento em que o suposto infrator recebe voz de prisão e é conduzido à delegacia de polícia para ratificação de prisão em flagrante delito, pela autoridade policial.

Todavia, em sede policial, a autoridade policial solicita exames complementares, para avaliar se existe ou não alteração na capacidade psicomotora do agente, e, ao realizar tal exame, o perito médico legal constata que a capacidade psicomotora não se encontra alterada no momento do exame, destarte a prisão não é ratificada e o suposto infrator deixa de ser preso em flagrante, respondendo apenas sanção administrativa contida no art. 165 do CTB.

Com a modificação do art. 306 do CTB, pela lei 12.760/12, ocorreu a modificação do caput do artigo, em que anteriormente descrevia o crime de embriaguez na direção da seguinte forma:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008).

Com a alteração da lei 12.760/12, passou a ser descrito da seguinte forma: “Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada, em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”.

Diante desta modificação, o entendimento acerca do delito descrito no art. 306 do CTB. Abriu leque para uma nova interpretação da lei, em que a elementar do tipo penal passou a ser “conduzir veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão de álcool ou outra substância psicoativa”. Desta maneira, a quantidade de álcool passou a ser apenas um dos elementos de constatação da alteração psicomotora, e não a elementar do tipo penal.

A nova interpretação do caso acima ocorre com frequência em Rondônia e alguns estados da federação, entretanto tal conduta não é regra, e em alguns estados, ou até mesmo em alguns municípios de Rondônia, o simples exame de alcoolemia realizado através do etilômetro com resultado positivo, já é considerado prova suficiente para a ratificação da prisão em flagrante delito, pelo crime descrito no art. 306 do CTB. e posterior ação penal apresentada pelo ministério público.

Identifica-se, desta maneira, que a prova obtida através do exame de alcoolemia por meio do etilômetro, está tendo um valor probatório diferenciado em alguns estados, ou até mesmo em alguns municípios dentro de um mesmo estado, a depender do entendimento da autoridade policial ou do magistrado que recebe a denúncia posteriormente.

A controvérsia existente acerca do exame de alcoolemia por meio do etilômetro ocorre, pois o mencionado aparelho constata o consumo e quantifica a quantidade de álcool existente no organismo do conduzido, no momento da abordagem, entretanto, tal aparelho não tem capacidade de medir a alteração psicomotora do agente, ou se este se encontra no momento do teste, sob a influência de álcool. Deste modo, ocorre a presunção de que a capacidade

psicomotora do agente esteja alterada, entretanto, sem comprovação técnica, e por consequência, o indivíduo é encaminhado à sede policial para providências.

Com a alteração do art. 306 do CTB, pela Lei 12.760/12, outros meios de prova passaram a ser aceitos para a constatação da alteração da capacidade psicomotora, ou seja, antes da alteração da lei, valores encontrados através do exame de alcoolemia realizado com uso do etilômetro, e que seu resultado fosse positivo com percentuais de álcool no organismo maiores que o permitido por lei, era suficiente para a prisão em flagrante, não havendo necessidade de comprovar a alteração da capacidade psicomotora do agente.

Entretanto, com a atual legislação, entende-se que o que deve ser demonstrado para a configuração do crime do art. 306 do CTB. é a capacidade psicomotora alterada, inclusive podendo ser identificada por outros meios de prova que não o uso do etilômetro, tal situação inclusive afasta a discussão sobre o princípio da não autoincriminação, pois o agente, nestas outras formas de produção de prova, não necessita colaborar, autorizar ou realizar qualquer tipo de procedimento que venha a produzir prova contra ele mesmo.

Diante de tal situação, identifica-se a pergunta primordial acerca desta pesquisa monográfica, a qual seria: **O teste do etilômetro, como prova única, é meio eficaz para a prisão em flagrante delito pela polícia judiciária e posterior ação penal que finde em condenação pelo poder judiciário?**

A justificativa para ensejar a realização desta pesquisa se dá por conta da insegurança jurídica, que ocorre por conta de decisões divergentes em algumas partes do país acerca da matéria em questão. Por outro lado, o teste do etilômetro fere garantias constitucionais, como a não autoincriminação, a presunção de inocência e o devido processo legal?

Todavia, com a entrada em vigor da lei 12.760/12, outros tipos de prova passaram a ser aceitas para configurar o delito de embriaguez na direção. Desta maneira, verifica-se uma decisão do Tribunal de Justiça de Rondônia, em que se identifica claramente o uso destas outras provas.

APELAÇÃO CRIMINAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. VALIDADE DO TERMO DE CONSTATAÇÃO. RECUSA AO TESTE DE ETILÔMETRO. RECURSO IMPROVIDO. 1. O Termo de Constatação é meio legalmente válido e que atende às diretivas do CTB e resolução do CONTRAN. 2. Quando da recusa em realizar o teste do etilômetro, o termo de constatação é prova suficiente para comprovar alteração da capacidade automotora do

réu, nos termos da nova redação do § 1º, inc. II, do art. 306, do CTB. 3. Recurso não provido.
(TJ-RO - APL: 00021079820148220014 RO 0002107-98.2014.822.0014, Relator: Desembargador Valdeci Castellar Citon, Data de Julgamento: 19/08/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 25/08/2015.)

Neste julgado, realizado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do estado de Rondônia, o réu se recusou a realizar o teste do etilômetro, entretanto este foi preso em flagrante delito, sendo usado como prova o termo de constatação preenchido pelo agente do estado que realizou a prisão, desta maneira ficou evidente a nova redação do art. 306, § 2º, que descreve: “A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitido, observado o direito à contraprova.”

Desta maneira, foram utilizados no caso em análise outros meios de prova em direito admitido, o qual seja o termo de constatação, em que o agente público verifica vários indícios da embriaguez como: sonolência, agressividade, olhos avermelhados, arrogância, se sabe onde está, se está exaltado, se vomitou, se sabe a data e a hora, se apresenta soluços, se está irônica, se sabe seu endereço, se está falando, se existe desordem nas vestes, se lembra dos atos cometidos, se tem odor de etílico no hálito, se está dispersivo etc. tais questões devem ser analisadas pelo agente público que preenche um termo e em caso positivo para os quesitos descritos, o condutor será preso em flagrante delito, sem a necessidade de teste de alcoolemia obtido pelo etilômetro.

Conforme descreve a normativa da resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013, do Denatran.

DOS SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA Art. 5º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados por: I – exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito; ou II – constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora nos termos do Anexo II. § 1º Para confirmação da alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito, deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor. § 2º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o inciso II deverão ser descritos no auto de infração ou em termo específico que contenha as informações mínimas indicadas no Anexo II, o qual deverá acompanhar o auto de infração.

Diante de tal problemática, com relação à validade do teste do etilômetro, como prova única para ensejar uma persecução criminal, é necessário uma verificação da caracterização da embriaguez na direção e nos meios de prova para sua identificação e, de forma mais específica, nos meios de provas descritas no art. 306 do CTB, faz-se necessária também uma verificação nas decisões dos Tribunais de segunda e cortes superiores, a fim de verificar o entendimento acerca da importância do exame de etilômetro, como lastro probante para a prisão e posterior ação penal e consequentemente uma condenação pelo crime de embriaguez na direção.

2 OS CRIMES DE TRÂNSITO

Para um melhor entendimento acerca das provas do delito descrito no art. 306 do CTB, alvo deste estudo, primeiramente é importante fazer uma verificação sobre a classificação dos crimes descritos como crimes de trânsito, sua natureza jurídica e os princípios fundamentais do direito penal de trânsito. O Art. 291 do CTB descreve o seguinte sobre crimes de trânsito:

Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

§ 1º – Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos Arts. 74, 76 e 88 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: (Renumerado do parágrafo único pela Lei no 11.705, de 2008)

I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; (Incluído pela Lei no 11.705, de 2008) II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; (Incluído pela Lei no 11.705, de 2008) III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). (Incluído pela Lei no 11.705, de 2008) § 2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal. (Incluído pela Lei no 11.705, de 2008).

Cabe, assim, dizer que o legislador retirou do Código Penal os chamados crimes de trânsito, sendo estes descritos no Código de Trânsito, mais precisamente em sua seção I, nos Arts. 302 a 311, ou seja, são nove os crimes descritos como crimes de trânsito. Os tipos penais de trânsito possuem todos os caracteres dos demais tipos penais, protegendo bens jurídicos, punindo aquelas condutas mais relevantes e que mereçam a proteção penal. Trata a legislação dos crimes de trânsito de legislação complementar ou acessória, ou, ainda, conforme nomenclatura mais comum, de legislação penal especial.

Desta maneira, a de se ressaltar que as normas gerais penais do código penal e do código de processo penal, devem ser aplicadas aos delitos de trânsito de forma subsidiária conforme preceitua o Art. 291 da lei 9.503/97.

Outro ponto relevante a respeito do Código de Trânsito trata de uma convivência existente em seu conteúdo, entre normas administrativas e normas penais, sendo que em uma mesma codificação se especificam infrações administrativas cujos objetos jurídicos são os mesmos das infrações penais, a

exemplo: dirigir sem habilitação, em que a infração administrativa do art. 162, I, e o tipo penal do art. 309, é dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, na qual a infração administrativa está descrita no art. 165 e o tipo penal descrito no art. 306. Entretanto, apenas algumas das normas administrativas constantes no Código de Trânsito, devido a sua gravidade, são descritas como infrações penais.

Segundo Jesus (2010), a natureza jurídica dos crimes de trânsito, divide-se em crimes de perigo e crimes de dano; no qual os crimes de perigo são os que se consumam tão somente com a probabilidade do dano, ou melhor dizendo, com a possibilidade de que o fato danoso venha a ocorrer.

O tipo pressupõe que haja apenas perigo de dano do bem jurídico. Há necessidade de ocorrer esse perigo de lesão de interesses. O art. 130, do Código Penal, perigo de contágio venéreo, é tipo delitivo de perigo porque se configura somente pelo risco de produção do dano. Igualmente, os tipos de crimes de dirigir sem habilitação, em estado de embriaguez, participação em “racha” ou em velocidade incompatível em determinados lugares (FUKASSAWA, 2015, p. 96).

Sobre aos crimes de dano, estes se consumam com a efetiva ocorrência do fato delituoso, ou seja, a lesão ao bem jurídico efetivamente ocorreu, a exemplo do homicídio culposo de trânsito art. 302, d, CTB.

O tipo pressupõe que haja dano do objeto da ação delituosa, não havendo necessidade de que, faticamente, tal situação ocorra. O art. 121, do Código Penal, homicídio, é tipo delitivo de dano ou lesão porque, se efetivamente houver ofensa à integridade física ou à saúde da vítima, é intuitivo confirmar ser crime de dano. (FUKASSAWA, 2015, p. 96)

Os crimes de perigo podem ser divididos nas seguintes categorias: presumido ou concreto, individual ou comum e atual, iminente ou futuro; Fala-se em crimes de perigo abstrato e concreto, individual e coletivo. Sobre os crimes de perigo presumido Jesus (2010, p. 3) esclarece que:

[...] é o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo (valoração *ex ante*) não precisa ser provado. Ocorre nos casos em que o comportamento não apresenta probabilidade real de dano ao bem jurídico, não o expõe a perigo de dano. É a lei que presume *juris et de jure*, sob o fundamento de que a periculosidade típica da conduta já é motivo para a sua apenação, sem que fique na dependência da produção de dano.

Perigo concreto é quando o dano ao objeto jurídico, só não ocorreu por simples eventualidade, ou seja, este sofreu sério risco, uma real possibilidade de dano, são situações em que o comportamento apresente, de fato, a probabilidade de causar dano, e para a existência do delito é necessário provar sua ocorrência, ou seja, o perigo concreto é o que precisa ser demonstrado. Fukassawa (2015, p. 96) entende que o crime de perigo concreto se define por:

É perigo efetivo, que concretamente poderia produzir um dano ao bem, reconhecível em cada caso. Assim, não é presumido. Precisa ser comprovado, e por isso é um perigo efetivo, a exemplo do que ocorre com o crime de perigo iminente para a vida ou saúde de outrem (art. 132 do Código Penal).

A diferença entre os crimes de perigo abstrato de crimes de perigo comum se opera da seguinte forma: os crimes de perigo abstrato têm como característica a ausência de menção do perigo como elemento da figura típica, limitando-se a descrever uma conduta perigosa, por outro lado, nos crimes de perigo comum, a menção do perigo existe.

Sobre a objetividade jurídica principal e secundária dos delitos de trânsito, na maior parte dos delitos tradicionais, o objeto jurídico pertence ao homem, à pessoa jurídica ou ao estado. Entretanto, nos delitos de trânsito, a objetividade jurídica pertence à coletividade, sendo esta sua característica, todavia, segundo Jesus (2010), não há empecilho para que se reconheça nesses delitos uma objetividade jurídica secundária, uma vez que a norma penal, tutelando o interesse coletivo da segurança no trânsito, protege indiretamente interesses individuais, como a vida, a integridade física, a saúde, etc. Jesus (2010, p. 14) descreve o sujeito passivo dos crimes de trânsito como:

Sujeito passivo é o titular do interesse lesado pelo crime. Se o delito é sob o aspecto material, a violação de um interesse protegido pelo estado, em toda infração penal sempre há um sujeito passivo, titular desse interesse. É o estado chamado sujeito passivo constante ou formal. Sob outro aspecto, o crime atende ou coloca em risco um interesse pertencente a alguém, que recebe o nome de sujeito passivo material ou eventual, em alguns casos, como ficou assinalado, o sujeito passivo e o objeto material se confundem na mesma pessoa.

Condutas típicas. Ao contrário do que ocorre nos delitos tradicionais, nos delitos de trânsito, em sua maioria, não existe contato físico ou pessoal entre sujeito

ativo e sujeito passivo, uma vez que o sujeito passivo é a coletividade, a exemplo: a embriaguez ao volante Art. 306 CTB. Ou seja, inexiste qualquer tipo de contato entre os protagonistas penais.

2.1 DOGMAS ANTERIORES E ATUAIS SOBRE O DELITO DE EMBRIAGUEZ NA DIREÇÃO

Várias foram às mudanças na legislação de trânsito, visando a uma modernização das normas, em especial nos crimes de trânsito. Diante desta evolução, os legisladores tentaram adequar as normas à modernização da sociedade, desta maneira a dogmática jurídica contribui de maneira preponderante para a conceituação do delito e aplicabilidade da norma posta.

A conceituação do delito, sua compreensão analítica e sistemática é o que permite reconhecer a dogmática certas vantagens e benefícios. Entre eles cabe destacar que o estudo dogmático do delito diferencia o profano do científico do Direito Penal; a dogmática é limite ao poder punitivo do Estado, é garantia da realização dos direitos fundamentais do processado dentro do processo penal e, sobretudo, torna mais segura a aplicação proporcional, igualitária e justa do Direito Penal. O conhecimento sistemático garante domínio sobre a matéria penal e, com isso, contribui para o sucesso da segurança jurídica, fundamento essencial do Estado Social e Democrático de Direito, Sánchez Herrera (2011, p. 80, *apud*, GRECO, 2017, p. 231):

Greco (2017, p. 231), sobre a dogmática penal, esclarece que:

O estudo da dogmática penal e a sistematização dos elementos que integram a infração penal fazem que o intérprete e/ou aplicador da lei tenham um roteiro seguro a seguir, a fim de que, a final, possam concluir se determinada pessoa levou a efeito, realmente, um fato que possa ser assim reconhecido, ou seja, que possa ser considerado uma infração penal (crime/contravenção penal), sendo, portanto, merecedor de uma resposta à altura do Estado, que poderá, inclusive, culminar com sua privação de liberdade.

Pois bem, para uma melhor compreensão da evolução das leis que tratam do crime de conduzir veículo automotor, com capacidade psicomotora alterada, em razão da influência de álcool ou de outra substância psicomotora que determina dependência, uma breve retrospectiva das modificações das leis sobre a matéria em estudo é necessária, por isso uma análise da Lei 9.503/97 e suas alterações até o presente dia é de grande importância para uma melhor compreensão das normas que regem o trânsito em vigor atualmente.

A lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 1998, estando em vigor até hoje, lei esta que trouxe um capítulo que trata sobre os crimes de trânsito e, em especial, tratou o uso de álcool com maior rigor, que além de considerar o uso de álcool e substâncias análogas pelo condutor de veículo automotor como infração de trânsito gravíssima, conforme o Art. 165, também tipificou no Art. 306 o crime de conduzir veículo automotor, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, nos seguintes termos: “Art. 306 conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

Todavia, na época da promulgação desta lei, não foi incluída a necessidade de quantificar o álcool no organismo do infrator, ou seja, qualquer valor identificado seria suficiente para tipificar como crime de trânsito descrito no art. 306 lei 9.503/97.

No ano de 2008, ocorreu uma mudança na legislação de trânsito, através da lei 11.705 de 2008, conhecida como “Lei Seca” a qual, com a alteração, passou o art. 306 a ter a seguinte redação:

VIII - o art. 306 passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Com esta nova redação, passou a ser exigido o seguinte: além de o delito ter sido cometido em via pública, para a configuração do crime, deveria ter a quantidade mínima de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue do infrator e para efetuar esta medição o suspeito deveria ser submetido ao exame de alcoolemia, que também foram instituídos na mesma lei conforme parágrafo único: “Parágrafo único. O poder executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.”

Ocorre que com a mencionada lei, o suspeito de ter sido flagrado conduzindo veículo sob influência de álcool ou qualquer substância análoga, deveria ser submetido a exame de alcoolemia, porém tal obrigatoriedade contrariava a garantia constitucional da não autoincriminação (o direito de não produzir prova contra si), entretanto, o legislador atribuía sanção em forma de multa em caso de recusa a realizar o teste de etilômetro, obrigando, de certa forma, a realização involuntária do teste.

No ano de 2012, o Art. 306 sofreu outras modificações através da Lei 12.760/12, no qual passou a ter a seguinte redação:

Art. 306. _Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

§ 1º _As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Portanto previu a lei com a nova redação, que antes tinha como a prova da materialidade do delito a quantidade igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue para a configuração do tipo penal, passou a ter no *caput* do art. 306, a alteração psicomotora como elementar do tipo penal, passando a aceitar outras provas como prova de constatação da alteração da capacidade psicomotora, que não apenas a quantidade medida através do exame de alcoolemia.

Possibilitando assim a constatação através de sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora, sendo estas o exame clínico, a perícia, o vídeo, a prova testemunhal ou outros meios de prova. Por outro, lado também suprimiu a expressão: “na via pública” passando a não restringir de forma espacial à aplicação da lei, e a atingir os delitos ocorridos em qualquer local, inclusive em locais particulares.

Não obstante, para se configurar a infração administrativa, conforme o art.165 da lei 9.503/97, não existe quantidade mínima de álcool, basta apenas ter ingerido qualquer quantidade para se configurar a infração administrativa. Conforme descrito no Art.165 do CTB:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.

Parágrafo único. “Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

E finalmente, no ano de 2014, o Art. 306 sofreu mais modificações, através da Lei 12.971/14, assim passou a ter a seguinte redação.

Art. 306

Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º. As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º. A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º. O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Nesta alteração, o legislador acrescentou o exame toxicológico como prova, uma vez que o tipo de penal contido no art. 306 não criminaliza apenas a condução de veículo automotor sob influência de álcool, mas também outra substância psicoativa que cause dependência, sendo necessário o exame toxicológico para constatação do uso da mencionada substância e consequentemente a infração penal.

2.2 ELEMENTOS DO TIPO PENAL DA EMBRIAGUEZ NA DIREÇÃO

A fim de realizar um aprofundamento sobre o tema do delito de embriaguez na direção, descrito no art. 306 do CTB, é importante fazer uma verificação doutrinária sobre os elementos do tipo penal do delito de embriaguez na direção descrito no art. 306 do CTB, bem como realizar uma verificação na doutrina mais atual, a fim de verificar o posicionamento destes autores sobre a temática em estudo.

Cabe à lei penal a relevante tarefa de definir o crime, quer dizer descrevê-lo, de forma detalhada, ou seja, o que o ordenamento jurídico entende por fato

criminoso, não cabe à lei proibir de forma genérica o crime. Segundo Greco (2017, p. 287) o conceito de tipo penal:

Por imposição do princípio do *nullum crimen sine lege*, o legislador, quando quer impor ou proibir condutas sob a ameaça de sanção, deve, obrigatoriamente, valer-se de uma lei. Quando a lei em sentido estrito descreve a conduta (comissiva ou omissiva), com o fim de proteger determinado bem cuja tutela mostrou-se insuficiente pelos demais ramos do direito, surge o chamado tipo penal.

O conceito de Tipo, segundo Capez (2005, p. 180): “O conceito de tipo, portanto, é o modelo descritivo das condutas humanas criminosas, criado pela lei penal, com função de garantia do direito de liberdade”.

No crime de embriaguez na direção, o elemento central do tipo, com a alteração da lei 12.760/12, passou a ser “capacidade psicomotora alterada”, determinada pela “influência de álcool ou de substância psicoativa que determine dependência”.

O delito em comento tem como bem jurídico tutelado a incolumidade pública, com relação à segurança no trânsito; como sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que se preste a dirigir sob influência de álcool ou outra substância que cause dependência; o sujeito passivo é a coletividade cuja incolumidade é resguardada, porém, poderá existir outro sujeito passivo, vítima de dano que possa ter sido provocado pelo condutor com capacidade psicomotora alterada; trata-se de crime de perigo abstrato, ou seja, não existe necessidade de ter produzido o dano, basta que o condutor tenha consumido qualquer substância que cause alteração da capacidade psicomotora, e, estando sob influência desta, preste-se a conduzir veículo automotor.

Conquanto adequado o *nomen juris*, o tipo penal não emprega o vocábulo *embriaguez*. Pune o condutor que estiver com “capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência” (FUKASSAWA, 2015, p. 275).

Segundo Lima (2015), o crime descrito no art. 306 só se configurará: primeiro, se o agente estiver conduzindo o veículo, ou seja, se o agente for flagrado sob influência de álcool ou outra substância análoga dentro de seu veículo, porém se este estiver parado não comete crime, pois o verbo do tipo “conduzir” não está presente, uma vez que delito só se configurará se o veículo estiver em movimento.

Segundo: o tipo de veículo utilizado, ou seja, só se configura crime de embriaguez na direção quem conduz veículo automotor, portanto quem for flagrado conduzindo veículo de propulsão humana ou de propulsão animal, (bicicleta, carroça) sob influência de álcool não cometerá crime, pois o tipo do artigo descreve veículo automotor.

Terceiro: anteriormente, o artigo 306 do CTB descrevia a condução em “via pública”, conseqüentemente limitava espacialmente a aplicação da lei, pois quem fosse flagrado conduzindo veículo dentro de propriedades particulares ou áreas não consideradas públicas não poderia ser responsabilizado pelo crime de embriaguez na direção, porém, com alteração do artigo, a expressão em via pública foi suprimida, passando a ser crime a condução de veículo sob a influência de álcool ou outra substância análoga em qualquer local.

Quarto: para se configurar o delito de embriaguez na direção, o condutor deve estar com a capacidade psicomotora alterada, em razão da influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência (redação dada pela lei nº 12.760/12). Existem nas legislações estrangeiras diversas fórmulas para identificar a alteração da capacidade psicomotora.

O problema fundamental não é propriamente o do conteúdo de álcool no sangue, mas o dos efeitos que o mesmo produz, o que depende da constituição da pessoa e de seus hábitos. Por essa razão, as leis passaram a incriminar o fato de dirigir veículo após a ingestão de bebidas alcoólicas que coloquem o motorista em condição de não poder agir com segurança. As vantagens dessa fórmula são inegáveis FRAGOSO (2005, p. 30, *apud*, LIMA, 2015, p. 130).

Diante da tipificação penal do art. 306 do CTB, a demonstração probatória deveria ser na verificação da alteração da capacidade psicomotora do agente, de modo a perturbar a capacidade de dirigir o veículo, e não na dosagem de álcool encontrada no organismo do condutor. Caso contrário, incidiria apenas na infração administrativa descrita no art. 165. Sobre a caracterização de embriaguez, Lima (2015, p. 131) afirma que:

Essa é toda a questão que se coloca, pois o Código de Trânsito Brasileiro, em sua redação original, no art. 306, incriminava o delito de embriaguez ao volante, mas exigia apenas que o agente estivesse **sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, e, assim, evidente que não bastaria a ingestão da substância, sendo necessário que a mesma tivesse exercido influência sobre a pessoa, afetando a boa e regular condução do veículo** (grifo do autor)

Segundo Fukussawa (2015, p. 269), sobre o delito de embriaguez ao volante:

Nos termos do direito vigente, o autor é punível só pelo fato de estar dirigindo veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada, cujo delito se aperfeiçoa, ainda que a conduta não tenha exposto alguém a concreto perigo de dano, vale dizer, alguém que tenha realizado qualquer manobra perigosa que pudesse causar dano a uma ou várias pessoas.

Desta maneira, o condutor é punido, caso constatado a alteração da capacidade psicomotora, independentemente da quantidade de álcool encontrada no organismo.

[...] Dependerá, como até intuitivamente se pode apreender, não apenas do teor de álcool no sangue, mas principalmente do grau de tolerância individual, aqui importando os fatores idade, peso, nutrição, estado patológico e habitualidade de consumo. O grau de embriaguez não teria, assim, simetria com a quantidade de droga consumida (FUKUSSAWA, 2015, p. 273).

Desta maneira, com a nova redação do artigo 306 do CTB, a constatação da alteração da capacidade psicomotora passou o fator a ser provado para caracterização do delito de embriaguez na direção. Sobre a demonstração probatória no delito de embriaguez na direção, Lima esclarece que:

Para a incidência do tipo penal, no entanto, a demonstração probatória deveria ser no sentido não da dosagem etílica, mas sim no de que o agente estava sob a influência do álcool ou da outra substância, de forma a perturbar sua capacidade de dirigir o veículo. Caso contrário, incidiria somente a infração administrativa. (LIMA, 2015, p. 131)

Ainda Com relação aos meios de prova, Lima (2015, p. 131) conclui que:

[...] considerando o livre convencimento judicial e a inexistência de exigência de determinado meio probatório, o exame pericial poderia ser feito por qualquer meio técnico cabível, seja por bafômetro, caso registrasse o estado etílico com segurança, por exame de sangue ou através de urina ou saliva. O art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro exigia que o aparelho chamado bafômetro fosse homologado pelo CONTRAN, e a exigência de submissão do agente ao mesmo era mais por um imperativo administrativo, pois, em se tratando do tipo penal, qualquer meio de prova seria cabível, inexistindo hierarquia entre os elementos probatórios, tudo sob o pálio da livre apreciação judicial.

Neste sentido, Fukassawa (2015, p. 270) afirma que:

Para caracterizar o delito, é necessário apenas que seja comprovada a incapacidade de dirigir regularmente, por alteração da capacidade psicomotora. O que deve ser comprovada, então, é a desestabilização do condutor e não o quase dano às pessoas.

Todavia o agente não estaria obrigado a realizar tais exames, tendo em vista o princípio da não autoincriminação e a ausência de leis a autorizar tal ingerência estatal. Sobre a não obrigatoriedade do exame de alcoolemia, Souza (2005, p. 143, *apud* LIMA, 2015, p. 132) afirma que:

O motorista não é, nem pode ser, obrigado, por falta de lei específica, a sujeitar-se à coleta de sangue, nem muito menos a soprar no bafômetro, nem a 'fazer um quatro com as pernas'. Se alguém a tanto o coagir, cometerá o crime de constrangimento ilegal. A lei fala, é certo, em perícia, mas não cuida da extração de sangue e nem de crime de desobediência, diante da recusa do motorista. Só multa e perda da licença, que caberiam também no caso de recusa de submissão ao teste do etilômetro.

Entretanto de acordo com a redação atual do art. 306, a negativa do agente, ao se sujeitar a realizar o teste do etilômetro ou exame de sangue, não quer dizer que ficará sem punição por falta de provas, uma vez que esta poderá ser suprida através de testemunhas, vídeos ou outros tipos de prova em direito admitidas, não sendo a prova técnica insubstituível. Ou seja, inexistindo óbice à avaliação e à livre apreciação dos elementos probatórios pelo Juiz sobre apreciação das provas, Lima afirma que:

[...] hoje, entre nós, vigora o **sistema do livre convencimento motivado ou da livre persuasão**, que evita o arbítrio judicial, fazendo com que o juiz aprecie livremente as provas, com a avaliação feita com base em regras científicas e preestabelecidas, desde que seja pelo juiz fundamentada e motivada a decisão de optar por esta ou aquela prova. (LIMA, 2015, p. 136) (grifo do autor).

Ainda sobre outros tipos de provas admitidas no delito de embriaguez na direção, Lima (2015, p. 132) afirma que, referente às provas testemunhais:

Até a comprovação por testemunhas seria de grande importância, pois se poderia, através desse meio de prova, ser caracterizada a influência que sofria o agente da substância ingerida, até porque, como já visto, a quantidade registrada de dosagem, de forma objetiva, seria irrelevante para a configuração do tipo.

Existem várias críticas com relação à redação das leis 12.760/12 e 12.971/14, referente aos outros tipos de prova para caracterização do delito de embriaguez na

direção, assim sendo, uma verificação nas críticas e sua fundamentação sobre o tema e importante.

O legislador, com alteração da lei, tinha o propósito de alcançar uma tolerância zero, referente ao condutor que consome álcool ou outra substância análoga e se presta a conduzir veículo automotor, entretanto afirmar como a reforma anterior, que deve se dar um limite “igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue”, acresce que pode ser ainda “igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar”.

Ocorre que tal limite é extremamente reduzido, podendo ocorrer que até certos medicamentos ou alimentos que levem álcool em sua composição podem dar positivo em testes de alcoolemia, caso sejam consumidos em excesso.

Todavia, sem aparecer os sinais de alteração psicomotora, ademais com a alteração do parágrafo 2º, do artigo 306, do CTB para:

“§ 2º que a verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitido, observado o direito à contraprova”.

Simplesmente inacreditável nosso legislador. Se é certo que os testes de sangue ou bafômetro podem ser capazes de determinar que foi atingido o grau exigido, é evidente que a simples perícia de um exame clínico (exame clínico simples), um vídeo, a prova testemunhal ou outros meios de prova, não poderão determinar tal “embriaguez”. (LIMA, 2016, p. 138)

Aparentemente existe um total desconhecimento do legislador sobre o princípio da não autoincriminação, uma vez que o agente não é obrigado a produzir prova contra si, não estaria obrigado a se submeter a qualquer tipo de exame ou teste invasivo, e, se não o fizer, não se configura crime, pois restaria infrutífera a coleta de provas para constatar os níveis de álcool no organismo do condutor.

[...] foi infeliz porque, em vez de inserir elementos de descrição típica, dispôs sobre aspectos de natureza probatória, mais adequados em lei de natureza processual-penal. Em face da disposição legal, “capacidade psicomotora alterada” é elemento normativo do tipo, expressão linguística cuja compreensão somente é possível após análise, nem sempre fácil, do seu real significado. A *constatação* de álcool ou outra substância psicoativa no organismo do condutor é apenas meio de prova indicativa de alteração dessa capacidade. (FUKASSAWA, 2015, p. 276)

A quantificação através de valores mínimos de álcool no organismo para constatação de embriaguez é um dos motivos para a controvérsia sobre o art. 306,

pois, a partir do momento em que se quantificam valores, e necessário que haja exames periciais específicos, exames estes que o condutor não está obrigado a se submeter, e sem a presença de tais exames periciais não existe tipicidade do delito.

Por outro lado, os sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora podem ser confundidos com outros sintomas que o condutor apresente no momento da abordagem.

2.3 DA JURISDIÇÃO

De acordo com Feitoza (2010), jurisdição é, em sentido amplo, o poder de conhecer e resolver com autoridade certos negócios e conflitos que surgem das relações sociais; em sentido restrito, jurisdição é o poder-dever das autoridades jurisdicionais de decidir imperativamente o direito aplicável no caso concreto e de impor suas decisões, as quais têm caráter de imutabilidade.

E o poder-dever pertinente ao Estado-Juiz de aplicar o direito ao caso concreto. Como a autotutela foi banida, em regra, do ordenamento, coube ao poder Judiciário a missão constitucional de certificar o direito, dirimindo as lides, exercendo a jurisdição (TÁVORA, ALENCAR, 2009, p. 193).

Já Grinover *et al* (2010, p. 150), definem jurisdição da seguinte maneira:

[...] podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Assim sendo verifica-se que a jurisdição trata de uma função do estado, que substitui os envolvidos na demanda, a fim de solucioná-la, sempre através de processo apropriado, com intuito de promover justiça.

2.3.1 Características da Jurisdição

A Jurisdição possui características próprias, dentre estas o escopo social e político, e especialmente o escopo de pacificar, com justiça, as demandas, todavia não deixam de serem importantes às características jurídicas da jurisdição. De acordo com Távora e Alencar (2009, p.198), a jurisdição possui as seguintes características:

A inércia, ou seja, em regra, os órgãos jurisdicionais são inertes, dependem de provocação (*ne procedat judex ex officio*).

A substitutividade, ou seja, cabe ao estado o substituir a atividade das partes, uma vez que a autotutela foi banida, o órgão jurisdicional substitui a vontade das partes na solução do caso concreto.

A lide, o entendimento majoritário pressupõe a existência de lide para o exercício jurisdicional, ou seja, a presença do conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida.

A atuação do direito, a atuação jurisdicional tem por objetivo ampliar o direito ao caso concreto, restabelecendo-se a paz social violada pela infração cometida.

Imutabilidade, no intuito de promover segurança jurídica e tranquilidade social, o exercício da jurisdição desemboca no provimento final, ou seja, na sentença, que após o trânsito em julgado, não pode ser modificada, salvo exceções a exemplo da revisão criminal.

Por outro lado, Feitoza (2010) concorda com as características descritas por Távora e Alencar, e acrescenta que além das características descritas, a jurisdição possui ainda:

O escopo de atuação da vontade do direito, esta característica é apontada largamente pela doutrina como uma das características da jurisdição, porém o direito não é uma pessoa que tenha vontade. Se existe vontade de alguém, é a vontade do juiz, entretanto este meramente aplica o direito.

Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, a jurisdição, além de ter o escopo jurídico de atuação da vontade do direito objetivo, também possui os escopos sociais e político, em que o escopo social se distingue pela educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos dos outros.

Já o escopo político tem a premissa de preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do estado, a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade do estado.

A preocupação moderna pelos aspectos sociais e políticos do processo e do exercício da jurisdição torna menos importante a tradicional busca da distinção substancial entre a jurisdição e as demais funções do Estado. Pensando nela como poder, vê-se que não passa de uma das possíveis expressões do poder estatal, não sendo um poder distinto ou separado de outros supostos poderes do Estado (o qual é substancialmente uno e não comporta divisões). Mais importante é remontar todas as funções estatais a um denominador comum, como é o poder, do que cuidar de distingui-las. Como função é que, tendo em vista os objetivos do exercício da jurisdição, toma-se possível estreaná-la das outras funções estatais. (GRINOVER et al 2010, p. 154).

A jurisdição se diferencia da legislação, uma vez que consiste em pacificar casos conflitantes apresentados ao estado-juiz, fazendo justiça, seja afirmando a vontade do direito, seja produzindo resultados que a parte vencida não produziu por vontade própria. Por outro lado, quanto à jurisdição e à atividade administrativa, embora o estado também cumpra a lei, tendo-a como limite de sua atividade, este não tem o escopo de autuá-la, ou seja, o interesse do estado é para o bem comum, o estado, quando pratica alguma relação jurídica, não possui a característica substitutiva, os atos do estado também não são definitivos, podendo ser revistos várias vezes, somente na jurisdição existe o escopo social relevante de pacificar os conflitos entre pessoas, fazendo justiça na sociedade.

2.3.2 Princípios da jurisdição

Em todos os países a jurisdição tem suas premissas baseadas em princípios que norteiam sua estrutura, sendo tais princípios reconhecidos universalmente, princípios estes que, segundo os autores Cintra, Grinover e Dinamarco são: a) investidura; b) aderência ao território; c) indelegabilidade; d) inevitabilidade; e) inafastabilidade; f) juiz natural; g) inércia.

Diante de tais princípios é necessário realizar uma breve análise sobre cada um, a fim de analisar a sua função dentro da jurisdição.

A investidura: o princípio da investidura corresponde à ideia de que apenas quem for investido legalmente na autoridade de Juiz poderá exercer a jurisdição, a jurisdição é um monopólio do estado e este, como pessoa jurídica, exerce a sua jurisdição através de pessoas físicas, no caso o Juiz devidamente investido no cargo. O mencionado princípio encontra-se regulamentado no art. 93 da CF.

A aderência ao território: tal princípio refere-se à limitação da soberania nacional, ou seja, ao território nacional, assim como o legislativo e o executivo têm suas limitações territoriais, os magistrados têm limitações dentro do território nacional, sendo este dividido em comarcas na justiça estadual e seções na justiça federal, no qual cada juiz exerce sua autoridade dentro dos limites sujeitos por lei a sua jurisdição.

Princípio da indelegabilidade: o mencionado princípio ocorre com a vedação a qualquer dos poderes delegarem funções a eles atribuídas, ou seja, é vedado ao juiz delegar, segundo seu próprio critério, funções a outro órgão, uma vez que o magistrado exercendo suas funções jurisdicionais não o faz em seu nome nenhum direito próprio, e sim age em nome do estado, uma vez que o estado lhe cometeu, segundo o seu critério de divisão de trabalho, a jurisdição para atuar em determinadas causas, sendo vedado, portanto, que tal magistrado delegue suas funções constitucionais a outro.

O princípio da inevitabilidade: este princípio significa que as partes estão sujeitas ao órgão jurisdicional que o estado estabeleceu, e não pode recusá-lo, ou seja, os órgãos jurisdicionais impõem-se, por si mesmos, independentemente de vontade das partes ou pacto entre estes, para aceitarem os resultados do processo. O que impede a possibilidade de não aceitar as decisões emanadas do órgão jurisdicional, salvo em casos de suspeição, impedimento ou incompetência.

Princípio da inafastabilidade: princípio este elencado na Constituição Federal no art. 5º, inc. XXXV, que garante a todos o acesso ao judiciário, e que nenhuma demanda fundada no direito, e levado ao poder judiciário, deixará de ser apreciada, ou seja, não pode a lei excluir qualquer lesão ao direito de ser apreciada pelo poder judiciário.

Princípio do Juiz natural: significa dizer que ninguém será privado de ter sua demanda julgado por um Juiz independente e imparcial, indicado pelas normas constitucionais e legais, não sendo permitidos constitucionalmente os tribunais de exceção.

2.4 CARACTERIZAÇÃO DA EMBRIAGUEZ NA DIREÇÃO VEICULAR E O MEIO PROBANTE

No Brasil o consumo de álcool vem de forma alarmante tornando-se um problema de grandes proporções, tal problema aumenta de forma exponencial quando a pessoa que consumiu bebida alcoólica ou outra substância que cause dependência, e estando esta sob a influência destas substâncias, se presta a conduzir veículo automotor. Diante deste aspecto, é de grande importância conseguir identificar a embriaguez no suspeito, uma vez que medidas administrativas e penais dependem desta identificação, por conseguinte se faz necessário um estudo para identificar a ebriedade por parte do condutor, seus aspectos e tipos de provas para subsidiar uma ação penal.

Primeiramente é importante diferenciar a embriaguez alcoólica do comprometimento induzido pelo álcool. A embriaguez pode ser definida como estado clínico de intoxicação inequívoca; já o comprometimento induzido pelo álcool trata da capacidade diminuída para efetuar determinadas tarefas.

São dois estados distintos e seus reflexos na condução veicular, não são equivalentes, ou seja, um dos estados mencionados interfere drasticamente na condução veicular, uma vez que diminui a capacidade psicomotora, entretanto a legislação brasileira não faz distinção entre estes dois estados. Desta maneira, França (2015, p. 874) descreve a embriaguez alcoólica como: “embriaguez alcoólica é um conjunto de manifestações neuropsicossomáticas resultantes da intoxicação etílica aguda de caráter episódico e passageiro”.

A embriaguez alcoólica pode ser dividida em três fases, entretanto existem autores que as classificam em até em cinco fases, sendo mais aceita na atualidade três fases sendo estas: fase de excitação, fase de confusão e fase de sono.

Del - Campo (2007, p. 277) descreve as fases de embriaguez alcoólica como sendo:

Na embriaguez normal, comum, o usuário desenvolve os sintomas em três fases distintas. Inicialmente, mostra-se desinibido e eufórico, com vivacidade mental e motora (fase da excitação ou do macaco). A intoxicação progride e surgem comportamentos antissociais, como irritação e agressividade. Os pensamentos tornam-se confusos e comumente refletem quadro depressivo (fase da confusão ou do leão). Finalmente, o ébrio não mais consegue manter-se em pé e cai em sono profundo, que, na dependência da quantidade de álcool ingerida, pode acarretar coma e morte (*fase siderativa ou comatosa ou do porco*).

Corroborando com Del - Campo, França (2015, p. 876) descreve estas fases como:

Na fase de excitação, o indivíduo se mostra loquaz, vivo, olhar animado, humorado e gracejador, dando às vezes uma falsa impressão de maior capacidade intelectual. Na fase de confusão, surgem as perturbações nervosas e psíquicas. Disartria, andar cambaleante e perturbações sensoriais. Irritabilidade e tendências às agressões. Na fase de sono, ou fase comatosa, o paciente não se mantém em pé. Caminha apoiando nos outros ou nas paredes e termina caindo sem poder erguer-se, mergulhando em sono profundo.

E de suma importância ressaltar que o álcool tem efeitos diferentes nas pessoas, ou seja, em cada indivíduo o seu efeito é diverso, a tolerância ao álcool depende de vários fatores como sexo, peso, se está alimentado ou debilitado etc. segundo França (2015, p. 877) a tolerância ao álcool pode ser explicada da seguinte forma:

Uma mesma quantidade de álcool ministrada a várias pessoas pode carretar, em cada uma, efeitos diversos. Igualmente, pode produzir em um mesmo indivíduo efeitos diferentes, dadas circunstâncias meramente ocasionais. Alguns se embriagam com pequenas quantidades e outros ingerem grandes porções, revelando uma estranha resistência ao álcool. Assim, tolerância é a capacidade maior ou menor que uma pessoa tem de se embriagar.

Sobre a tolerância ao álcool, o indivíduo pode ter consumido uma quantidade razoável e não estar sob a influência do álcool, entretanto outro indivíduo ou até o mesmo indivíduo que ingeriu uma quantidade razoável de álcool, em uma determinada situação, e não sofreu seus efeitos, pode em outra situação, consumir bem menos álcool e ter os efeitos potencializados e ficar sob a influência do álcool, ou seja, vários fatores são levados em consideração para explicar uma maior ou menor tolerância ao álcool conforme França (2015, p. 877) descreve:

A tolerância depende de vários fatores: a) considerando que aproximadamente dois terços do corpo são constituídos de líquidos, quanto maior o peso, mais diluído ficará o álcool. Daí ser a concentração mais elevada nos indivíduos de menor peso; b) o sistema digestivo absorve o álcool, que passa para o sangue em um fenômeno bastante rápido. A absorção varia de acordo com a concentração alcoólica da bebida, o ritmo da ingestão, a vacuidade ou plenitude do estômago e os fenômenos de boa ou má absorção intestinal; c) o hábito de beber deverá ser levado em conta, pois o abstinência, o bebedor moderado e o grande bebedor toleram o álcool em graus diferentes; d) os estados emotivos, a estafa, o sono, a temperatura, o fumo, as doenças e os estados de convalescença são causas que alteram a sensibilidade às bebidas alcoólicas.

Sobre o exame de alcoolemia, França (2005, p. 874) esclarece que:

[..] alcoolemia é o resultado da dosagem do álcool etílico na circulação sanguínea e seus percentuais traduzidos em gramas ou decigramas por litro de sangue examinado. Essa taxa de concentração hoje é feita com maior segurança por meio do exame em cromatina gasosa, e tem como elemento de maior credibilidade metodológica o fato de seus resultados serem de caráter específico.

Diante de tais esclarecimentos, verifica-se que o exame de etilômetro, apesar de medir a quantidade de álcool consumida pelo indivíduo, não tem como constatar que tipo de influência tal quantidade da substância provocou no organismo do indivíduo, ou seja, se tal indivíduo está ou não sob a influência de álcool. Desta maneira realizar-se-á uma verificação acerca das provas que são necessárias para configurar o crime descrito no art. 306 do CTB.

2.4.1 Das provas

Com intuito de analisar a hipossuficiência do laudo de alcoolemia produzido por meio do etilômetro, como prova para ratificar a prisão em flagrante e posterior ação penal, é necessária uma verificação no conceito de prova, e mais especificamente as provas descritas no art. 306 do CTB. Sobre o conceito de provas, Rangel (2007, p. 405) conceitua prova como:

No campo jurídico, podemos conceituar prova como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) para comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa.

Corroborando com Rangel, Feitoza (2010, p. 716) afirma que prova é:

Em sentido comum, é tudo que pode levar o conhecimento de um fato a alguém, em sentido jurídico, há quem empregue o vocábulo com o significado de atos e meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados; contudo, nessa linha, melhor ficaria como atos e meios utilizados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados.

Verifica-se desta maneira, que prova é tudo que pode levar ao conhecimento de um fato, seja por intermédio de objetos, testemunhas, depoimento pessoal, vídeos, fotografias, etc.

2.4.2 O objeto da prova

Os objetos da prova são a coisa, o fato e o acontecimento, que devem ser conhecidos pelo julgador para que faça um juízo de valor, e que formule sua convicção acerca dos fatos analisados, para proferir uma sentença que promova justiça, ou seja, a prova é a base para firmar a convicção por parte do julgador, para se chegar a uma verdade dos fatos imputados ao acusado. Mirabete (2003, p. 257) afirma que o objeto da prova é:

É o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o Juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança. Refere-se pois, aos fatos relevantes para a decisão da causa, devendo ser excluídos aqueles que não apresentam qualquer relação com o que é discutido e que, assim, nenhuma influencia podem ter na solução do litígio, são irrelevantes, por exemplo as roupas vestidas pelo autor, suas convicções religiosas ou estado civil quando tais circunstâncias não são elementos do crime, não influem na fixação da pena ou não trazem qualquer subsidio à apuração da verdade buscada no processo.

No processo penal os fatos, narrados na denúncia devem ser provados, face os princípios da verdade processual e devido processo legal, uma vez que, mesmo que o acusado confesse a prática de um ilícito, sua confissão não tem valor absoluto, devendo a confissão ser corroborada com outros elementos probantes.

2.4.3 Os princípios da prova

Os princípios da prova são premissas de um sistema que se desenvolve para elaboração de um instituto que possuem suas peculiaridades próprias, Rangel (2007) ensina que os princípios da prova são:

Princípio da comunhão das provas, princípio da liberdade das provas, princípio de inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos, princípio da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direitos constitucionais do indiciado/acusado. De acordo com os ensinamentos de Mirabete (2003), a prova é ilícita toda vez que caracterizar a violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza material ou processual. Com base nessa conceituação, pode-se dividir a prova em: ilícita que contraria as normas do direito material, quer

quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção da referida prova; e prova ilegítima, que afronta as normas de direito processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo.

Por outro lado, os autores Távora e Alencar (2009) afirmam que a prova é taxada de proibida ou vedada, toda vez que sua produção implique em violação da lei ou de princípios de direito material ou processual. Por afrontar a disciplina normativa, sua classificação é dividida em provas vedadas, proibidas ou inadmissíveis. Com relação à prova ilícita, Rangel (2007, p. 413), afirma que:

A vedação da prova ilícita é inerente ao estado democrático de direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na constituição, já dissemos, são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre direito natural e o direito positivo, como no passado, hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade dos direitos previstos na constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados, consagrados (normatizados), mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados).

O legislador ao instituir como garantia fundamental a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos estabeleceu uma limitação ao princípio da liberdade das provas, ou seja, o magistrado é livre na investigação dos fatos imputados na peça inicial pelo titular da ação penal pública, porém esta investigação encontra limites dentro de um processo ético.

2.4.4 Meios de prova no crime de embriaguez na direção

Os meios de prova são todos aqueles empregados pelo julgador para conhecer a verdade dos fatos, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam a exemplo disto, o depoimento pessoal é o meio que o julgador utiliza para formar sua convicção sobre fatos controvertidos.

Os meios de prova podem ser os estabelecidos em lei ou todos moralmente legítimos, embora não previstos no ordenamento jurídico, sendo estas as provas inominadas, os meios de obtenção de prova são as formas de obtenção de coisas, pessoas e manifestações, neste sentido, a busca e apreensão de um documento ou

arma de um crime é um meio de obtenção de prova. Relacionado aos meios de prova, Mirabete (2003, p. 259) afirma que:

Meios de prova são as coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade: depoimentos, perícias, reconhecimentos etc. Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade.

A fim de verificar os meios de provas admitidos no art. 306, do CTB, faz-se necessária uma verificação no parágrafo segundo do mencionado artigo, que descreve:

Art. 306, § 2º do CTB. A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

Os meios de constatação existentes no art. 306, §2º são o teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal e outros meios de prova em direito admitido, tais meios de prova são regulamentados pela resolução do Contran Nº 432, de 23 de Janeiro de 2013. Na mencionada resolução, estão os procedimentos e equipamentos a serem utilizados, visando verificar o uso e a influência de álcool ou outra substância que cause dependência. Resolução do Contran Nº 432, de 23 de Janeiro de 2013.

Art. 3º A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor: I – exame de sangue; II – exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência; III – teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro); IV – verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor. § 1º Além do disposto nos incisos deste artigo, também poderão ser utilizados prova testemunhal, imagem, vídeo ou qualquer outro meio de prova em direito admitido. § 2º Nos procedimentos de fiscalização, deve-se priorizar a utilização do teste com etilômetro. § 3º Se o condutor apresentar sinais de alteração da capacidade psicomotora na forma do art. 5º ou haja comprovação dessa situação por meio do teste de etilômetro e houver encaminhamento do condutor para a realização do exame de sangue ou exame clínico, não será necessário aguardar o resultado desses exames para fins de autuação administrativa.

Diante da presente resolução pode-se realizar uma divisão de condutas, a fim de verificar os meios de constatação da alcoolemia, ou seja, a ingestão de álcool pelo indivíduo e os meios de comprovação da alteração da capacidade psicomotora. Tal divisão se torna importante para a caracterização da infração administrativa, constata no art. 165 do CTB, ou a configuração do crime de embriaguez na direção de veículo automotor, constante no art. 306 do CTB.

Meios de comprovação da alcoolemia: Os meios de comprovação do consumo de álcool são o teste do etilômetro (bafômetro) e o exame de sangue. Sobre o teste do etilômetro, a lei 12.760/12 define o etilômetro como - aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar. A resolução nº 432 do Contran normatiza a utilização do etilômetro e descreve o seguinte:

Art. 4º O etilômetro deve atender aos seguintes requisitos: I – ter seu modelo aprovado pelo INMETRO; II – ser aprovado na verificação metrológica inicial, eventual, em serviço e anual realizadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO ou por órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ; Parágrafo único. Do resultado do etilômetro (medição realizada) deverá ser descontada margem de tolerância, que será o erro máximo admissível, conforme legislação metrológica, de acordo com a “Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro” constante no Anexo I.

Com relação ao exame de sangue, este é realizado, assim como o teste do etilômetro, para a constatação do uso de álcool e a quantificação desta substância no organismo do condutor, o referido exame também é utilizado para constatação da presença de outras substâncias psicoativas, que o condutor possa ter utilizado, entretanto, para a realização do mencionado exame, é necessária a anuência do condutor suspeito de estar sob o efeito de substâncias entorpecentes, da mesma forma que a realização do teste do etilômetro é necessária a anuência do condutor, sob pena de ferir o princípio *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o de não ser obrigado a produzir prova contra si, inclusive qualquer tipo de coação para a realização dos mencionados exames é considerado ilegal, e as provas colhidas assim sendo, são consideradas provas ilícitas, e como visto, provas ilícitas não são aceitas no processo penal.

Entretanto após a mudança na legislação através da Lei 12.760/12, o crime de embriaguez na direção passou a admitir outros meios de prova para sua configuração, sendo estes tipos de prova que dispensam a utilização do etilômetro e do exame de sangue, afastando, assim, a possibilidade de infringência do princípio

nemo tenetur se detegere, não sendo necessária nestes tipos de prova, a anuência do réu, na coleta e produção das provas, sendo estes meios de prova descritos no art. 306 § 2º do CTB: “A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova”.

Ou seja, destes mecanismos para obtenção da prova do delito em análise, apenas o teste de alcoolemia, identificado através do exame de sangue ou teste de etilômetro, precisa da anuência do condutor, podendo este se negar a realizar os procedimentos. Desta maneira, o legislador foi feliz com esta alteração, uma vez que, com a lei anterior, o crime só poderia se configurado com o teste de alcoolemia, Entretanto, ninguém é obrigado a realizar o referido teste, causando empecilho para a aplicação da lei penal e consequentemente, impunidade de condutores em estado de embriaguez ou sob influência de outra substância que cause dependência.

3 TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTANCIA, CORTES SUPERIORES E SUAS DECISÕES SOBRE O EXAME DE ALCOOLEMIA REALIZADO COM USO DO ETILÔMETRO

Com o intuito de esclarecer as decisões jurisprudenciais acerca da matéria em análise é de suma importância uma verificação sobre os tribunais de segunda e cortes superiores, mais especificamente o Superior Tribunal De Justiça, sua estrutura e atribuição, uma vez que cabe a tais tribunais a tarefa de reanalisar as decisões tomadas em primeira instância, ou melhor, verificar se as normas aplicadas nos casos apresentados estão em conformidade com a Lei. Sendo assim, é importante a verificação sobre o entendimento de tais colegiados a respeito da prova produzida com o uso do etilômetro e sua importância para a configuração do delito descrito no art. 306 do CTB.

3.1 TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Os tribunais de justiça são órgãos pertencentes ao Poder Judiciário conforme disposto no art. 92, inciso VII da Constituição Federal, formados por juízes mais experientes, os desembargadores, constituindo-se de órgãos colegiados, sua principal atribuição é de que seja posto em prática o princípio do duplo grau de jurisdição, ou seja, a realização de nova verificação da matéria, já apreciada em primeira instância, isto é, uma reanálise, requerida por um dos polos da ação que, não satisfeito com o resultado da demanda, apresentou recurso para uma nova apreciação da matéria por uma das câmaras existentes nos tribunais de justiça, ou assuntos que devam ser julgados diretamente pelos tribunais.

Sobre o princípio de duplo grau de jurisdição Grinover *et al* (2010, p. 80), entendem que:

Esse princípio indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instancia), que corresponde à denominada jurisdição inferior. Garante, assim, um novo julgamento, por parte dos órgãos da “jurisdição superior”, ou de segundo grau (também denominada de segunda instancia).

O princípio de duplo grau de jurisdição se funda na possibilidade de que a decisão proferida em primeiro grau possa ser errada ou injusta. Assim, existe a possibilidade da nova análise da matéria, reformar a decisão anterior.

Segundo Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009) qualquer vício da decisão é sanável por intermédio de recurso, desde que sejam observados os meios para cada forma de impugnação. Deste modo, sujeitam-se ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Por outro lado, deve se verificar se a matéria para reanálise por parte do juiz é matéria de direito ou de fato, ou seja, se a matéria para reexame trata de matéria de fato e de direito ou apenas matéria de direito.

Sobre a matéria para reexame do duplo grau de jurisdição, Grinover *et al* (2009, p. 23) esclarecem que:

[...] uma forte tendência processual contemporânea sustenta que, salvo casos excepcionais, a garantia do duplo grau deveria ficar restrita à apreciação de questões de direito, enquanto o exame das questões de fato não deveria ser submetido ao duplo grau, até para resguardar o princípio da imediação do juiz com as alegações e as provas.

Entretanto sistemas como o brasileiro, no qual o Juízo de primeiro grau é monocrático, é necessário estender o duplo grau de jurisdição à matéria de fato, como forma de garantir uma valorização correta dos fatos. Assim sendo, aos tribunais estaduais cabe o reexame da matéria de fato e ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, matéria que discuta o direito.

Todavia a premissa mais importante no duplo grau de jurisdição se encontra na natureza política, conforme Grinover *et al* (2010, p. 81):

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de *natureza política*: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, e, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso.

Sendo assim é necessário ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões proferidas.

3.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça é criação da Constituição de 1988, teve por um lado a intenção de aliviar o Supremo Tribunal Federal de parte de seus

encargos, com maior ênfase na guarda do direito federal infraconstitucional e por outro lado substituir o Tribunal Federal de Recursos, ao qual convergiam os recursos das decisões dos Tribunais Regionais Federais, é um dos órgãos integrantes do Poder Judiciário, conforme disposto no artigo 92, inciso II, da Constituição Federal de 1988, a sua composição se encontra definida no artigo 104, parágrafo único, incisos I e II, do mesmo Diploma Legal.

Verifica-se na constituição do STJ, que a escolha de seus membros tem, em larga medida, influência política, uma vez que tanto poder executivo, através da escolha pelo Presidente da República, quanto poder legislativo, na aprovação dos escolhidos, tem atuação na escolha de seus membros. Deste modo, pode assim dizer que os ministros do STJ, são de certa forma escolhidos através de decisões políticas.

A função política do STJ é a uniformização da interpretação das leis federais, em todo Brasil, é de sua responsabilidade a solução de forma definitiva dos casos civis e criminais, desde que não envolva matéria constitucional ou de ordem da justiça especializada. Conforme descrito no art. 105 da CF:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Sobre a uniformização da interpretação das leis federais o principal tipo de ação julgada pelo STJ é o recurso especial, tal recurso serve para que o Tribunal solucione matérias com interpretações divergentes da Lei.

O exemplo disto verifica-se o seguinte: Em um determinado estado interprete um dispositivo da lei de uma forma e em outro estado a interpretação do mesmo dispositivo se dê, de forma diversa, desta maneira, podem recorrer ao Superior Tribunal de Justiça, a fim de definir qual a interpretação mais adequada à questão.

[...] o papel do recurso especial é o de levar ao STJ temas relevantes de cunho jurídico e em torno de normas federais, cuja apreciação atingirá, apenas por consequência, as partes envolvidas no litígio. (NOGUEIRA, 2007, p. 2).

A partir do ano de 2008, os recursos especiais podem ter caráter repetitivo, tal fato ocorre quando existem vários recursos com a mesma questão, nesta situação o STJ suspende os recursos até que seja julgado um recurso representativo da questão controversa.

Quando tal decisão é tomada, os tribunais devem aplicar o mesmo entendimento formado pelo STJ, porém se a decisão do tribunal coincide com a decisão tomada pelo STJ, o recurso controverso não tem seguimento, todavia, em caso de o tribunal não concordar com a decisão tomada pelo STJ no recurso repetitivo, este tribunal terá que julgar novamente o caso controverso, uma vez que a decisão do STJ não é vinculante, entretanto o recurso especial terá continuidade e pode chegar ao STJ.

É atribuição do STJ processar e julgar crimes comuns praticados por governadores, desembargadores estaduais, federais, eleitorais e trabalhistas, conselheiros de tribunais de contas e procuradores da república, entre outros, bem como várias outras matérias descritas no art. 105 da CF. Entretanto não vamos adentrar no mérito de tais temas.

Há de ser destacado que o STJ, ao julgar decisões conflitantes entre tribunais, proporciona maior segurança jurídica, uma vez que uniformiza a aplicação das leis federais, proporcionando uma igualdade de decisões pelo país, atingindo desta maneira, sua função política de pacificação nas decisões, todavia existem questões controversas nas quais, até dentro do STJ, não existe consenso sobre algumas matérias, situação esta que cabe os embargos divergentes, descritos nos artigos 1.043 e 1.044 do CPC.

Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito;

II - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade; (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;

Art. 1.044. No recurso de embargos de divergência, será observado o procedimento estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal superior.

§ 1º A interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes.

§ 2º Se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação.

Não é de competência do STJ julgar recursos especiais que prestam para avaliar questões de fato, ou seja, pleiteando não a divergência jurídica de uma lei, ou a validade de um ato de governo local, mas tão somente revolvimento de matéria de prova. Conforme Súmula número 07 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Enfim, o recurso especial não é utilizado para o reexame de matéria de fato, nem configura terceira instância, sua aplicação está na uniformização das decisões dos tribunais.

Como durante a pesquisa jurisprudencial identificamos decisões divergentes sobre o teste de alcoolemia com o uso do etilômetro nos tribunais, inclusive no STJ, é importante uma breve verificação sobre os embargos divergentes.

Sobre os embargos divergentes, segundo Côrtes (2016, p. 2) que se trata de um recurso cabível:

O recurso é cabível contra decisões colegiadas em recursos extraordinários e em recursos especiais. Não é cabível, portanto, contra decisões tomadas em autos de agravos, na linha da tendência jurisprudencial firmada já à luz do CPC de 1973. Também não é cabível contra decisões monocráticas e em casos de competência originária do Tribunal (já que o inciso IV do artigo 1.043 do novo CPC foi revogado pela lei 13.256/16)

Já sobre o procedimento para impetração dos embargos divergentes, Côrtes (2016, p. 2-3) afirma que se trata da seguinte forma:

O novo CPC (artigo 1.044) delega ao Regimento Interno do STJ a regulação do procedimento dos embargos de divergência que hoje é tratada nos artigos 266 e seguintes. [...] Contra decisões monocráticas não cabem embargos de divergência, que têm o prazo de quinze dias. Também não são cabíveis embargos contra decisões proferidas em agravos (nem internos), até por conta da dicção clara do artigo 1.043 do novo CPC. O STJ, na linha da novel legislação, exige a comprovação da divergência pela juntada de certidão ou cópia autenticada do aresto, paradigma (que servirá para demonstrar a divergência), ou mediante citação do repositório autorizado, com a transcrição dos trechos que mostrem o dissídio e feito o cotejo analítico. Recente atualização do RI autoriza, inclusive, a indicação de fonte da internet (§ 4º, artigo 266) [...]. A citação do repositório autorizado só se faz necessária quando não é juntada cópia da decisão paradigma da qual divergiu a decisão a ser embargada. Ademais, se citada à fonte oficial (Diário da Justiça ou Diário Oficial do Estado) e o cotejo for com a ementa

da decisão (que é o que é publicado no Diário), desnecessário cogitar da citação de repositório autorizado. O cotejo analítico é o que mais tem preocupado os que interpõem embargos de divergência. Isso porque o STJ é rígido no exame da argumentação de quem recorre considerando a justificativa da existência de uma divergência. Nesse sentido, o Regimento Interno, na linha da nova legislação processual, é claro, ao exigir o cotejo analítico. Não basta, assim, referir a decisão da qual divergiu a embargada. É necessária a explicitação do porquê de uma decisão haver divergido da outra, analiticamente. E a divergência deve, ainda, abranger todos os fundamentos do acórdão recorrido.

Em caso da decisão recorrida estiver de acordo com a jurisprudência já pacificada não cabe o referido recurso, uma vez que sua função é a de pacificar a divergência entre os órgãos fracionados, impondo o respeito à decisão das seções ou corte especial, assim seriam inócuos os embargos de divergência.

Outro ponto digno de nota, sobre embargos divergentes, é que, em caso da decisão embargada divergir de decisão de turma vinculada à outra seção, ou de decisão de outra seção ou da corte especial, a competência para os embargos será da corte especial.

Com as mudanças no ordenamento jurídico a cerca do art. 306 do CTB, são de suma importância verificar as decisões propaladas nos tribunais de segunda e tribunais superiores, a fim de verificar o entendimento destes tribunais sobre a eficácia do teste do etilômetro como prova do crime descrito no art. 306 do CTB.

Desta forma é necessário realizar a verificação de algumas decisões proferidas por tribunais em algumas partes do Brasil.

3.3 DECISÕES JURISPRUDENCIAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA

Neste tópico será realizada uma verificação de julgados em alguns tribunais de justiça do país, a fim de verificar as decisões acerca da valoração da prova obtida através do teste de alcoolemia obtida por meio do etilômetro, ou seja, trata-se de decisões de segunda instância.

Como se verifica no item 3.1 cabe aos tribunais de justiça uma reanálise da matéria de fato, a fim de aplicar o duplo grau de jurisdição em decisões em que a parte vencida não se conforma com a decisão integral ou em parte. Assim, uma análise de decisões proferidas por alguns tribunais de justiça pelo Brasil é importante para subsidiar o entendimento acerca do duplo grau de jurisdição.

PENAL - CTB - PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 306, CTB - ART. 329, CPB - ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE POR NÃO RESTAR DEMONSTRADO O REAL PERIGO À SOCIEDADE - RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA REPUDIADA PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO - CRIME DE DESACATO - MANTIDA CONDENAÇÃO NA ÍNTEGRA - APELO PARCIALMENTE PROVIDO - maioria de votos. 1) Embriaguez ao volante só deve ser acolhida se devidamente comprovado o real e concreto perigo à sociedade. Responsabilidade objetiva repudiada no Direito Penal brasileiro, **haja vista que o resultado do etilômetro foi que baseou a decisão condenatória.** 2) Crime de desacato comprovado. Mantida a condenação na sua integralidade. 3) Apelo parcialmente provido por maioria de votos. (TJ-PE - APL: 3450344 PE, Relator: Odilon de Oliveira Neto, Data de Julgamento: 06/01/2015, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 06/03/2015). (negritou-se)

A decisão em questão é uma apelação criminal no qual o recorrente, não satisfeito com a decisão de primeira instância, recorreu ao tribunal do estado do Pernambuco e, ao analisar o recurso o tribunal julgou parcialmente procedente, absolvendo o réu do crime de embriaguez na direção, art. 306 do CTB, por entender que, para se configurar o crime de embriaguez deve existir “real e concreto perigo à sociedade, responsabilidade objetiva repudiada no Direito Penal brasileiro”. Não obstante, também esclareceu que o resultado da condenação em primeira instância teve como base apenas o teste do etilômetro positivo, ou seja, o tribunal em questão entende que apenas o teste de etilômetro, sem outras provas que consubstanciem o lastro probante, não é prova suficiente para condenação. Por este motivo, o réu foi absolvido e, confirmada a sentença condenatória apenas no delito de desacato, na sua integralidade.

DELITO DE TRÂNSITO ARTIGO 306 DO CTB FATOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.760/2012 IRRETROATIVIDADE DE LEI PREJUDICIAL AO RÉU HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA E DA ESTABILIDADE SOCIAL - ABSOLVIÇÃO. DELITO DE TRÂNSITO ARTIGO 306 DO CTB ALTERAÇÃO DA DESCRIÇÃO TÍPICA DETERMINADA PELA LEI Nº 12.760/2012 CRIME DE PERIGO ABSTRATO ENTENDIMENTO. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 4ª CÂMARA CRIMINAL EXTRAORDINÁRIA [...] referido dispositivo. Ocorre que, com a entrada em vigor da recente Lei nº 12.760, em 20 de dezembro de 2012, ainda que o crime continue a ser de perigo abstrato, prevê, agora, o tipo penal do artigo 306 do CTB a condução de **“veículo automotor com capacidade psicomotora alterada, em razão da influência de álcool ou de outra substância que determine dependência”**, tendo o legislador retirado do “caput” do artigo a elementar do crime consistente na concentração mínima para que fosse considerada a embriaguez, tendo a nova lei incluído no parágrafo primeiro do artigo 306 do CTB a presunção de estado de embriaguez, quando a concentração for “igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool

por litro de ar alveolar”. Ao mesmo tempo, ampliou a responsabilização penal, ao prever a necessidade de alteração da capacidade psicomotora, em razão da influência do álcool por meio de teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado, por óbvio, o direito à contraprova. Abriu-se, então, a possibilidade de interpretação, no sentido de que não basta a mera constatação do nível de álcool no sangue, havendo a necessidade de produção de prova de que o condutor efetivamente encontra-se com a capacidade psicomotora alterada,[...]. A atual redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, determinada pela Lei nº 12.760/12, retirou do “caput” do artigo a concentração de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, desengessando parâmetro rígido da redação anterior e privilegiando, dessa forma, a influência do álcool como substância alteradora dos sentidos, no caso concreto, alargando os meios de prova a serem utilizados para a comprovação da embriaguez ao volante, mostrando-se necessária, para a configuração do crime atualmente descrito, a apuração da alteração da capacidade psicomotora decorrente da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. Sendo assim, mostrando-se mais severa a regulamentação da nova redação do artigo 306 do CTB, não pode a lei retroagir para alcançar fatos praticados antes da sua vigência, de acordo com o que dispõem os artigos 5º, XL, da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, do Código Penal, bem como o que preceituam os artigos 5º, XXXVI, da Constituição Federal e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, em homenagem ao princípio da segurança e da estabilidade social. Impõe-se, portanto, a absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Diante do exposto, dá-se provimento ao apelo de FLÁVIO ARTUR BONADIO FILHO, para absolvê-lo com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. MAURICIO VALALA relator
(TJ-SP - APL: 00128332520108260576 SP 0012833-25.2010.8.26.0576, Relator: Mauricio Valala, Data de Julgamento: 05/12/2013, 4ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 09/12/2013. (negritou-se))

O julgado acima trata de uma apelação criminal referente ao art. 306 do CTB, em que a 4ª Câmara Criminal Extraordinária do estado de São Paulo julgou procedente a apelação, absolvendo o réu pelos seguintes motivos: a colenda Câmara Criminal Extraordinária entende que com a entrada em vigor da Lei nº 12.760, em 20 de dezembro de 2012, ainda que o crime continue a ser de perigo abstrato, prevê que o tipo penal do artigo 306 do CTB, a “condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância que determine dependência” tendo sido retirada do “caput” do art. 306 a elementar do tipo penal consistente na concentração mínima para que fosse considerada a embriaguez. Verifica-se que a nova lei incluiu no parágrafo primeiro do artigo 306 do CTB a presunção de estado de embriaguez, quando a concentração for “igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar”.

Não obstante a mencionada lei ao mesmo tempo modificou a forma de responsabilização penal, ao prever a necessidade de comprovação da alteração da capacidade psicomotora, em razão da influência do álcool por meio de teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado, por óbvio, o direito à contraprova.

Desta maneira ocorreu a possibilidade de interpretação no sentido de que não basta a mera constatação do nível de álcool no sangue, havendo a necessidade de produção de prova de que o condutor efetivamente encontra-se com a capacidade psicomotora alterada, sendo certo que nem todo indivíduo reage da mesma maneira aos efeitos do álcool, o que implica dizer que a alteração da capacidade psicomotora deve ser comprovada no caso concreto, tratando-se, pois, de presunção relativa.

Por outro prisma, os nobres desembargadores entenderam, no caso em tela, que a lei 12.760/2012 é mais rígida que a Lei nº 11.705/2008, uma vez que amplia as possibilidades de responsabilização criminal do agente, no que diz respeito à embriaguez ao volante, não podendo assim retroagir a lei para atingir fato pretérito, como é o caso em questão.

Se por um lado a redação vigente à época dos fatos apontava embriaguez, no caso presente, por outro a presunção relativa da embriaguez na redação atual não permite a condenação, por se tratar de lei mais grave, pois permite que sejam utilizados outros meios de prova para a constatação de capacidade psicomotora alterada, portanto em prejuízo do acusado, devendo sua aplicação não ser utilizada. Não pode a lei retroagir para condenar fatos antes de sua vigência. Sendo assim, apesar de ter sido feito o teste de alcoolemia através do etilômetro e este dado positivo, acima do permitido e com a confirmação do condutor que havia consumido álcool, houve a absolvição do réu, uma vez que não havia nos autos provas que confirmassem a alteração da capacidade psicomotora do réu.

Verifica-se no caso concreto em análise, que apesar de ter sido feito o teste com o etilômetro, o mencionado teste apesar de positivo, não foi considerado prova cabal de alteração da capacidade psicomotora, uma vez que a câmara julgadora em questão entendeu que o elemento do tipo penal o qual seria “conduzir veículo com a capacidade psicomotora alterada” não foi comprovado, uma vez que o teste do etilômetro apenas comprova o uso e quantifica a substância consumida, entretanto não tem capacidade de medir a capacidade psicomotora do réu.

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA SUPERVENIENTE. SOLUÇÃO PARA O CASO CONCRETO. [...] A Lei nº 12.760/2012, alterou o disposto no artigo 306 do CTB. **O tipo já não se realiza pelo simples fato de o condutor estar com uma determinada concentração de álcool no sangue e sim, por ele ter a capacidade psicomotora alterada em razão da influência do álcool, seja ela qual for.** A concentração que antes constituía elementar do tipo passou a ser apenas um meio de prova dessa alteração. O resultado do exame constitui presunção relativa, em um sentido ou noutro. Houve descontinuidade típica, mas não abolitio criminis. Para os processos que ainda se encontrem em andamento, especialmente as condenações impostas antes da vigência da alteração, pendentes de recurso, como no caso dos autos, deve-se verificar se há evidência da alteração da capacidade psicomotora, sem o que não pode ser mantida a condenação. Caso em que há evidência nesse sentido. Condenação mantida. Penas aplicadas com parcimônia. Sentença confirmada. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70052903184, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 27/06/2013,) (negritou-se)

O presente caso apreciado pela terceira Câmara Criminal do Rio Grande do Sul os desembargadores entenderam que com a alteração do art. 306 do CTB, a elementar do tipo penal foi alterada, não se tratando mais do nível de álcool encontrado no organismo do réu e sim, da alteração da capacidade psicomotora, ou seja, a mudança na legislação se tornou mais dura, uma vez que o individuo pode estar com níveis de álcool no organismo, abaixo do descrito como crime na legislação ou seja menos de 06 mg por litro de sangue, porém pode estar com sua capacidade psicomotora alterada, uma vez que, como visto, o álcool atua de forma diversa em determinadas pessoas e em certos casos, na mesma pessoa de forma diversa, a depender de vários fatores.

Com a alteração da legislação através da lei 12.760/12, houve uma evolução na forma de constatação da embriaguez que antes da mencionada lei apenas se poderia ser constatada através do teste do etilômetro e do exame de sangue, porém o réu ao se recusar a se submeter a tais métodos de produção de prova ficava de certa forma impune com relação ao crime de embriaguez na direção, respondendo apenas pela infração administrativa descrita no Art. 165 do CTB.

Diante das alterações realizadas na legislação outros tipos de prova passaram a ser admitidos para configuração do crime de embriaguez ao volante, podendo esta ser identificada através do teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal e outros meios de prova em direito

admitidos, tais meios de prova são regulamentados pela resolução do Contran Nº 432, de 23 de Janeiro de 2013.

3.4 DECISÕES JURISPRUDENCIAIS DE CORTES SUPERIORES

Neste tópico serão verificadas as decisões realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar o entendimento das duas turmas criminais, sobre a matéria em estudo.

Conforme se verificou no item 3.2 desta monografia, cabe ao STJ julgar recursos que versam sobre matéria de direito, uma vez que matéria de fato é de competência dos tribunais de justiça dos estados, ou seja, da segunda instância. De outra forma, tanto no STJ, como STF, cabem sempre questões de análise ao direito, mas no que consiste à interpretação de questão de direito, que demanda a correta reivindicação a um direito.

Caso/problema 01.

Ementa:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DELITO DE TRÂNSITO PRATICADO APÓS A LEI N.º 12.760/12. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DEMONSTRAÇÃO DE POTENCIALIDADE LESIVA DISPENSABILIDADE. AFERIÇÃO POR ETILÔMETRO. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL MAIOR QUE A PERMITIDA POR LEI. TIPICIDADE. RECURSO PROVIDO.

Decisão: [...] I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei n.º 12.760, de 2012);

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei n.º 12.760, de 2012) § 2.º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Incluído pela Lei n.º 12.760, de 2012) § 3.º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei n.º 12.760, de 2012).

Com efeito, a alteração da capacidade motora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, consoante o § 2º do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.760/2012, é regra de cunho relativo à prova, que poderá ser constatada por teste de alcoolemia, como na hipótese, ou outros meios de prova em direito admitidos, sendo despidienciada a demonstração de efetiva potencialidade lesiva da conduta. Nesse sentido é o entendimento de ambas as Turmas com competência penal deste Superior Tribunal de Justiça:

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE CONDUZIR VEÍCULO COM A CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE SUPERIOR A SEIS DECIGRAMAS PELA LEI 12.720/2012.

NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CONSTATAÇÃO DO DELITO PELO REFERIDO ÍNDICE. ABOLITIO CRIMINIS NÃO CARACTERIZADA.

1. Da leitura do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.720/2012, verifica-se que a simples menção, no caput do dispositivo, **à condução de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, não descriminalizou a conduta de dirigir automóvel com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas**, já que esta circunstância é, inclusive, uma das formas de constatação do delito, conforme se infere do § 1º da norma em apreço. Doutrina. Precedentes. 2. Habeas corpus não conhecido. (HC 306.686/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015)

[...] Do exposto resulta que o acórdão recorrido está em sentido contrário à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça acerca do tema, cabendo a esta relatora dar provimento ao recurso nos termos do enunciado nº 568 da Súmula desta Corte, verbis: O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. Ante o exposto, com fundamento no artigo 932, V, a, do Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 13.105/2015) c/c artigo 3º do Código de Processo Penal, e no artigo 34, XVIII, c, parte final, do RISTJ, dou provimento ao recurso especial para determinar o prosseguimento da ação penal. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 30 de março de 2017. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA Relatora.

(STJ – REsp nº 1.638.451-RJ [2016/0303843-0] - Relatora: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – publicação 05-042017) (negritou-se)

O julgado acima trata de um recurso especial em que o Superior Tribunal de Justiça, ao realizar seu julgamento, deu provimento ao mencionado recurso, firmando o entendimento da colenda corte julgadora, que no caso concreto em análise, sustentou que o crime de conduzir veículo sob a influência de álcool ou substância análoga é crime de perigo abstrato, ou seja, não necessita que o acusado tenha posto em risco a incolumidade pública, bastando para o seu cometimento apenas conduzir veículo sobre a influência de álcool, ou com a quantidade de álcool acima do tolerado pelo ordenamento jurídico.

Não obstante, segundo o entendimento da quinta turma do STJ, com relação à quantificação de álcool no organismo, obtida através do teste do etilômetro ou pelo exame de sangue, não foi descriminalizado com a entrada em vigor da lei 12.760/12. Diante desta situação, o indivíduo que se presta a conduzir veículo automotor que tenha consumido álcool acima do limite de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, mesmo que não demonstre sinais de alteração da capacidade psicomotora, comete o crime descrito no art. 306 do CTB.

Caso/problema 2.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CTB. INOCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA EMBRIAGUEZ POR MEIO DE TESTE DE BAFÔMETRO SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES STJs. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de que **"tendo o delito sido praticado após as alterações procedidas pela Lei nº 11.705/08 e antes do advento da Lei nº 12.760/12, a simples conduta de dirigir veículo automotor em via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro, configura o delito previsto no art. 306 do CTB, o que torna desnecessária qualquer discussão acerca da alteração das funções psicomotoras do agente"** (REsp 1577903/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 19/05/2016. negritou-se).

O julgado acima trata-se de um recurso especial no qual foi negado provimento, por entender o julgador que o fato ocorreu na vigência da lei 11.705/08, e antes do advento da lei 12.760/12, ou seja, a Sexta Turma entendeu que a conduta de conduzir veículo automotor em via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro, configura o delito previsto no art. 306 do CTB, o que torna desnecessária qualquer discussão acerca da alteração das funções psicomotoras do agente constante na lei mais recente, ou seja, a lei 12.760/12, uma vez que tal lei modificou o caput do art. 306 para "Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência".

Caso/problema 3.

RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N. 9.503/1997. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE POTENCIALIDADE LESIVA NA CONDUTA. RECORRENTE QUE SE NEGOU A SE SUBMETER AO TESTE DO BAFÔMETRO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 12.760/2012. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA EMBRIAGUEZ POR OUTROS MEIOS. FATO TÍPICO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato e dispensa a demonstração de potencialidade lesiva na conduta, configurando-se pela condução de veículo automotor em estado de embriaguez. 2. A existência de laudo médico que atesta o estado de embriaguez alcoólica e a descrição precisa dos fatos na denúncia impõem o prosseguimento do processo, **sendo dispensável a precisa aferição, por meio do etilômetro, da concentração de álcool no sangue**. 3. Recurso especial conhecido em parte e nessa extensão, provido para determinar o

prosseguimento do processo em relação ao crime do art. 306 da Lei n. 9.503/1997. (REsp 1529400/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 15/12/2015) PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 306 DO CTB. ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N. 12.760/2012. ABOLITIO CRIMINIS (negritou-se).

Com relação ao julgado de número 03, trata-se de recurso especial julgado pela sexta turma do STJ, em que ao analisar o caso, afirmaram que por se tratar de crime abstrato, é dispensada a demonstração de lesividade pelo agente na condução de veículo automotor, e que devido à existência de laudo médico atestando o estado de embriaguez alcoólico, é dispensável a aferição da concentração de álcool no sangue produzido pelo etilômetro ou exame de sangue. Por estas razões, o recurso foi provido.

Com relação aos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, referentes à hipossuficiência do etilômetro, como prova nos crimes de embriaguez na direção de veículos, ainda não houve o julgamento de um recurso representativo de controvérsia, após o advento da lei 12.760/12, sobre a matéria. Sendo assim, ainda existe controvérsia sobre a matéria e apenas foi encaminhado recurso representativo de controvérsia sobre o teste do etilômetro sob a égide da lei 9.503/97. Por outro lado, com relação ao Supremo Tribunal Federal, a Suprema Corte não foi provocada, com relação ao teste de etilômetro de que trata a lei 12.760/12, referente à matéria em estudo, qual seja a hipossuficiência do teste do etilômetro, como prova única para ensejar a prisão em flagrante e posterior ação penal.

3.4.1 Do teor político e jurídico manifestados nas decisões das cortes superiores

Diante do todo o exposto, considerando-se o presente trabalho tratar de pesquisa jurídica que, como pano de fundo, possui também teor político, tem-se quanto aos casos analisados no item 3.4 o seguinte:

Quanto ao caso/problema 01, verificou-se na decisão do caso concreto em análise, que os nobres julgadores entenderam ser o crime de conduzir veículo sob a influência de álcool ou substância análoga de perigo abstrato, ou seja, não necessita que o acusado tenha posto em risco a incolumidade pública, bastando para o seu cometimento apenas conduzir veículo sobre a influência de álcool, ou com a

quantidade de álcool acima do tolerado pelo ordenamento jurídico. Por outro lado, a quantificação de álcool acima do permitido por lei, encontrada no organismo do réu através de teste de etilômetro, é prova suficiente para condenação, uma vez que, segundo o entendimento desta Turma, com a entrada em vigor da lei 12.760/12, a lei 9.503/07 e 11.705/08 não foram revogadas, encontrando-se as duas últimas em plena vigência.

Com relação ao caso/problema 02, a Sexta Turma do STJ, verificou que o caso concreto ocorreu durante a vigência da lei 11.705/08, ou seja, antes da entrada em vigor da lei 12.760/12, e, desta maneira, não há que se falar sobre alteração da capacidade psicomotora, isto é, a Sexta Turma entendeu que a conduta de conduzir veículo automotor em via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro, configura o delito previsto no art. 306 do CTB, o que torna desnecessária qualquer discussão acerca da alteração das funções psicomotoras do agente, constante na lei mais recente, qual seja a lei 12.760/12, uma vez que tal norma modificou o caput do art. 306.

No que diz respeito ao caso/problema 03, na referida ação os nobres julgadores entenderam que o teste do etilômetro é dispensável, uma vez que conforme a lei 12.760/12, outras formas de produção de provas são aceitas. No caso em questão, a prova aceita pelos julgadores foi o laudo médico, atestando a embriaguez do réu.

Nos casos analisados, guardado suas características próprias, possuem certa semelhança, uma vez que se trata de delitos de embriaguez alcoólica na condução veicular, entretanto todos com decisões diversas. Verifica-se que há entendimentos diversos acerca do teste etilômetro, e com relação à vigência da lei anterior a lei 12.760/12. Diante de tais constatações, nota-se que a função política do STJ à qual é de pacificar e uniformizar as decisões, proporcionando uma igualdade de decisões no país, não foi realizado nos mencionados casos, cabendo, nestes casos, a utilização dos embargos divergentes ou embargos de infringência, a fim de uniformizar o entendimento entre as turmas do STJ.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A combinação de álcool e direção de veículo automotor traz consequências nefastas, o resultado desta combinação vem causando anualmente milhares de mortes, e outros milhares de pessoas incapacitadas pelas sequelas deixadas pelos acidentes causados por condutores sob a influência de álcool ou outras substâncias análogas.

Todavia apesar do Brasil ser um dos países com a legislação mais rígida, com relação ao condutor ébrio, os resultados não são satisfatórios, sendo o Brasil um dos países com alto índice de acidentes automobilísticos, envolvendo o consumo de álcool e outras substâncias, apesar da evolução das normas que regem o trânsito brasileiro.

Neste sentido com entrada em vigor da lei 12.760/12, o exame das provas atinentes ao Art. 306 do CTB passou a ter outros meios de comprovação diversos do teste de alcoolemia obtido por meio do etilômetro. Desta maneira, passaram a ser instrumentos eficazes de combate à impunidade e imprescindíveis para garantir a aplicação da norma penal e por consequência, um trânsito mais seguro.

No transcorrer desta pesquisa, verificou-se que com a nova Lei Seca o legislador tentou atingir a tolerância zero, com relação a conduzir veículo sob a influência de álcool ou outra substância análoga, passando a serem aceitas como provas várias outras hipóteses tais como: teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em Direito admitido, observado o direito à contraprova.

Conforme se verificou durante a pesquisa, com a entrada em vigor da lei 12.760/12, a legislação se tornou ainda mais rígida, pois antes, para se constatar a

embriaguez na direção, conforme era descrito na art. 306 da lei 9.503/97 “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de

sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”, ou seja, para se configurar o crime, era necessário a comprovação e a quantificação de álcool no organismo do condutor.

Porém causou grandes problemas uma vez que para se realizar o teste e constatar o consumo, o condutor suspeito de ter consumido álcool ou outra substância análoga, deveria se submeter ao teste do etilômetro ou exame de sangue. Entretanto tal procedimento feria o princípio da não autoincriminação, ou seja, o condutor não era obrigado a se submeter aos mencionados testes, deixando assim de ser responsabilizados pelo crime do art. 306.

Todavia com a alteração mais recente da lei que modificou o caput do art. 306 do CTB, a constatação passou a ser não mais através da constatação e quantificação do álcool no organismo, e sim através da alteração da capacidade psicomotora do agente, ou seja, o teste de alcoolemia passou a ser apenas mais um elemento do conjunto probante, pois a elementar do tipo passou a ser: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”.

Entretanto com a vigência da nova lei, estabeleceu-se um limite de alcoolemia, ao qual se presume que o condutor esteja com a capacidade psicomotora alterada e portanto, inapto para conduzir veículo automotor com segurança, ou seja, o mesmo valor descrito na lei 9.503/97, concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, isto é, o legislador, mais uma vez, utilizou de quantitativo para presumir que a capacidade psicomotora encontra-se alterada. Porém, para tal constatação, o uso do etilômetro é necessário e mais uma vez se questiona o fato de contrariar o princípio da não autoincriminação.

Por outro lado com a lei 12.760/12, o legislador foi mais feliz ao aceitar outros tipos de provas, além dos testes que necessitariam da anuência do condutor, uma vez que estas outras provas não necessitam da atuação ativa do condutor ébrio, afastando, assim o desrespeito ao princípio da não autoincriminação.

Ocorre, porém que ao realizar uma análise nos julgados de segunda e no Superior Tribunal De Justiça, verifica-se que a questão não está pacificada, uma vez que grande parte dos tribunais de justiça pelo Brasil entende que, com a vigência da

Lei 12.760/12, o fato a ser provado é a alteração da capacidade psicomotora do condutor.

Entretanto, por outro lado existe divergência entre a quinta e sexta turmas do Superior Tribunal De Justiça, uma vez que a quinta turma entende que a lei anterior, ou seja, a lei 11.705/08, ainda encontra-se em vigor, assim sendo, o teste do etilômetro não só é legal, pois não fere o princípio da não autoincriminação, como é necessário para configuração do delito descrito no art. 306 do CTB, porém como verificado, a sexta turma entende que com a vigência da lei 12.760/12, o fato a ser provado é a alteração da capacidade psicomotora, inclusive entende que esta lei é mais rígida, pois aceita vários outros tipos de provas para configuração do delito descrito no art. 306 do CTB.

É um fato inquestionável que as normas atuais têm uma finalidade maior, não no sentido de dar segurança aos usuários do trânsito, e sim uma atuação coercitiva punitiva, no sentido de arrecadar mais com advento das sanções administrativas, não sendo revestida tal arrecadação em melhorias na malha viária, ou na educação do trânsito, as normas atuais se ocupam em diminuir a liberdade dos condutores, sendo estes obrigados a soprar etilômetros para não serem multados ou presos, uma vez que até os sinais dos quais os agentes de trânsito se utilizam para identificar um condutor embriagado, podem ser facilmente confundidos por uma noite mal dormida ou uso de medicamentos, ou até mesmo o consumo de alguns alimentos.

Por conseguinte o condutor que por um motivo ou por outro, em uma fiscalização de trânsito não tenha consumido álcool ou outra substância análoga, porém pelo fato de estar com olhos vermelhos, vestes desarrumadas ou voz pastosa, para não ser preso pelo crime de embriaguez na direção, é obrigado a passar pelo constrangimento de soprar o etilômetro, ou mesmo passar por um exame clínico, transferindo, deste modo, a obrigação do estado para si, pois, como vimos no item 2.4.1 das provas, o ônus da prova cabe a quem acusa, ou seja, o ônus é do Estado.

Diante de tais aspectos, por falta de legislação que regulamente a obrigatoriedade do condutor ser submetido ao etilômetro, uma vez que com a norma vigente atual, o condutor não é obrigado a se submeter ao referido teste, todavia com a regulamentação atual se permite outros tipos de prova que comprove a embriaguez, não importando desta maneira na não punição ao condutor que se

preste a conduzir veículo sob o efeito de álcool ou substância análoga e que se recuse a soprar o etilômetro.

No desenvolver da pesquisa, observa-se que todos os objetivos propostos foram alcançados e as hipóteses elencadas foram em parte confirmadas, pois se verificou que a exigência do teste do etilômetro, como meio de prova única, não é aceito em vários tribunais de justiça do país, sob a alegação da modificação do caput do art. 306, que descreve que o tipo penal a ser provado é o da “alteração da capacidade psicomotora” e não da quantificação de álcool no organismo.

Por outro prisma, no Superior Tribunal de Justiça, existem divergências entre as Turmas, pois uma entende que o art. 306 da lei 12.76/12 em vigor atualmente, o fato a ser provado, uma vez que é elementar do tipo penal, é a “alteração da capacidade psicomotora”; entretanto, a outra Turma entende que apesar do tipo penal constante no art. 306 ter se alterado com a entrada em vigor da lei 12.760/12, este não revogou o art. 306 da lei 11.705/08, e sendo assim, o exame de etilômetro é prova suficiente para uma condenação.

Verificou-se que não houve julgamento de nenhum recurso representativo de controvérsia, após o advento da lei 12.760/12, sobre a matéria, assim, ainda que exista controvérsia sobre a prova relacionada ao teste de etilômetro, verificou-se também que o Supremo Tribunal Federal não foi provocado a fim de analisar a questão.

Conclui-se que a Lei Seca e suas alterações, apesar das polêmicas e críticas, quanto a sua constitucionalidade e aplicação, trouxeram mudanças positivas que refletirão de forma eficaz na conduta dos aplicadores do direito, visto que com a vigência da lei 12,760/12, novas formas de provas foram aceitas no ordenamento, o que tornou a atividade de fiscalização, e dos operadores de trânsito, mais dinâmica, pois apresentaram formas menos evasivas de se verificar o consumo de álcool e a condução veicular, tentando corrigir, apesar da posição do STJ, equívocos cometidos pela legislação anterior com relação aos tipos penais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em: 10 set. 2017.

BEM, Leonardo Schmitt De Bem. **Direito de Trânsito**: Comentários Aos Crimes Da Lei 9.503/97 Sob A Ótica Da Teoria Da Imputação Objetiva, Petrópolis: Lumenjuris, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL (1941). **Decreto-Lei nº 2994, de 28 de janeiro de 1941. Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2994-28-janeiro-1941-412976-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 Out. 2017.

_____. (1966). **Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966. Institui o Código Nacional de Trânsito**. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Brasília, 22 de setembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5108.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. (1997). **Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro**. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Brasília, 24 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/D62127.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____ (2006) **Lei 11.275 de 07 de fevereiro de 2006**. Altera a redação dos arts. 165, 277 e 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília: Diário Oficial (da República Federativa do Brasil). 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11275.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____ (2008). **Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 20 jun. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm. Acesso em: 26 set. 2017.

_____ (2012). **Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12760.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____ (2013). CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO. (Brasil). **Resolução n. 432**, de 23 de janeiro de 2013. Diário Oficial da União, Brasília, 29 jan. 2013. Seção 1, p. 30. Disponível em: <[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____ (2014). **Lei nº 12.971 em 09 de maio de 2014**. Altera os arts. 173, 174, 175, 191, 202, 203, 292, 302, 303, 306 e 308 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, para dispor sobre sanções administrativas e crimes de trânsito. Diário Oficial (República Federativa do Brasil). Brasília: 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12971.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

CAIXEIRO, Bruno Milenkovich. **Ordenamento Jurídico Penal: (Tributário)**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores 2010.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Os embargos de divergência no STJ segundo o novo CPC: (com as alterações da lei 13.256/16)**. Migalhas. 2016.

Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI240438,81042-Os+embargos+de+divergencia+no+STJ+segundo+o+novo+CPC+com+as>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

DEL – CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara, **Medicina Legal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANÇA, Genival Veloso de, **Medicina Legal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 7. ed. Niterói: Impetus. 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FUKASSAWA, Fernando. **Crimes De Trânsito** (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, alterada até a Lei nº 12.971. 3. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2015.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 1991.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral dos processos: Recursos em espécies. Ações de impugnação, Revisão Criminal, Habeas Corpus, Mandado De Segurança Contra Ato Jurisdicional Penal – Reclamação aos tribunais**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2009.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Penal: Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto San José da Costa Rica**: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. Coord. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

JESUS, Damásio de. **Crimes de Trânsito. Anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio de. **Embriaguez ao Volante: notas à Lei n. 11.705/2008**. Publicado em: 11 jul. 2008. Disponível em: <
<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI64479,31047-Embriaguez+ao+volante+notas+a+Lei+n+117052008>>. Acesso em: 16 out. 2017.

JÚNIOR Dirley da Cunha; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal Para Concursos**. 3 ed. São Paulo: juspodivm, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro De. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Podivm, 2016.

LIMA, Marcellus Polasti, **Crimes de Trânsito: Aspectos Penais e Processuais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARCÃO, Renato. **Crimes de Trânsito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **Recurso Especial**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça, **APL n. 3450344/PE**. Relator: Odilon De Oliveira Neto, 06-03-2015. Disponível em: < <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172144788/apelacao-apl-3450344-pe>>. Acesso em: 31 out. 2017.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito De Não Produzir Prova Contra Si Mesmo**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

RANGEL Paulo, **Direito Processual Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **APL Nº 70052903184**, Terceira Câmara Criminal. Relator: João Batista Marques Tovo, 27-06-2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113157402/apelacao-crime-acr-70052903184-rs>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça, 2ª câmara criminal. **APL 00021079820148220014 RO**. Relator Desembargador Valdeci Castellar Citon, 19-08-2015, disponível em: <<https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295449326/apelacao-apl-21079820148220014-ro-0002107-9820148220014>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, 4ª câmara criminal extraordinária. **APL 00128332520108260576/SP**. Relator: Mauricio Valala, 05-12-2013. Disponível em: <<https://tj-p.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119742251/apelacao-apl-128332520108260576-sp-0012833-2520108260576/inteiro-teor-119742261?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais**, (Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional), 11 ed. Porto Alegre: livraria do Advogado editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso De Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

STJ (2017). Superior Tribunal De Justiça. **REsp: 1638451** RJ 2016/0303843-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 05-04-2017. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/446355579/recurso-especial-resp-1638451-rj-2016-0303843-0/decisao-monocratica-446355602?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

_____(2016). Superior Tribunal De Justiça. **REsp: 1577903** RS 2016/0149778-1, Relator: Ministro FELIX FISCHER, 01-09-2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=etilome tro&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=21>. Acesso em: 07 nov. 2017.

_____(2017). Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1529400/RJ** Ministro ROGERIO SCHITTI CRUZ, 02-12-2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/142340130/stj-05-04-2017-pg-8043?ref=topic_feed>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____(2017). Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1677380** RS 2017/0136731-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, 10-10-2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=etilometro&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 07 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; DE MORAES, José Luiz Bolzan, **Ciência Política e Teoria Geral Do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TÁVORA Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa, **Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.